Unter welchen Voraussetzungen haftet nach gemeinem Rechte der Mandant für Schaden, welcher dem Mandatar bei Ausführung seines Mandats erwächst?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt

von

Waldemar von Schack
aus Berlin.

Berlin 1895.

Buchdruckerei von Gustav Schade (Otto Francke).
Linienstrasse 158.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535724_0098

Inhalt.

Abschnitt I.

Einleitung.

Seite

§ 1. Begriff des Mandats 5
§ 2. Begriff des Schadens 6
§ 3. Begrenzung des Themas 6

Abschnitt II.

Die Schadensersatzpflicht nach dem Wortlaute der Quellen.

§ 4. Allgemeine Grundsätze 9
§ 5. Die l. 61 §§ 1, 3, 5—7 D. 47, 2 und l. 26 §§ 6, 7 D. 17, 1 . . . 10

Abschnitt III.

Kritischer Teil.

Kapitel 1.

§ 6. Die herrschende Lehre 14

Kapitel 2.

Die Erklärungen der Africanus- und der Paulus-Stelle.

§ 7. Die culpa im § 5 der Africanus-Stelle als culpa levis aufgefasst . 15
§ 8. Neue Kulpabegriffe 19
§ 9. Der anscheinende Widerspruch zwischen Africanus und Paulus . 23
§ 10. Die Theorie Hanau's 25
§ 11. Die Theorie Kekulé's 31

Abschnitt IV.

Unsere Theorie.

Kapitel 1.

§ 12. Das Erfordernis eines objektiven Schadens 35

Kapitel 2.

Entwickelung der Imputationslehre.

§ 13. Culpa in der lateinischen Sprache 36
§ 14. Strafe und Schadensersatz 38

Kapitel 3.

Auslegung der Quellen.

§ 15. Die ‚culpa‘ in § 5 der Africanus-Stelle 45
§ 16. Die „Veranlassung“ in der Africanus- und Paulus-Stelle 46
§ 17. Die ‚casus‘ in § 6 der Paulus-Stelle 50
§ 18. Die l. 31 D. de pignoraticia actione 13, 7 52
§ 19. Die Haftung aus der Verschuldung 53

Kapitel 4.

§ 20. Resultat 55

Abschnitt V.

§ 21. Blick auf die moderne Gesetzgebung 57

Abschnitt I.

Einleitung.

§ 1. Begriff des Mandats.

Der Auftrag (mandatum), einer der vier typischen römischen Konsensualverträge, besteht darin, dass der eine Kontrahent — Auftraggeber, Machtgeber, Mandant, mandans, mandator genannt — dem anderen, dem Mandatar oder procurator, die Besorgung eines Geschäfts überträgt, und dieser sie übernimmt. Zu den für uns wesentlichen Eigentümlichkeiten des Mandats gehört zuerst dessen Unentgeltlichkeit, durch die es sich vom Dienstvertrag unterscheidet[1]). Eine etwaige Gegenleistung des Auftraggebers nennt man daher nicht Lohn, sondern meist Honorar. Wenn eine unentgeltliche Geschäftsbesorgung auch mit der Zeit selten geworden ist, so kann man immerhin den als Mandatar ansehen, der zur Übernahme nicht in erster Linie durch die Absicht, Geld zu verdienen bestimmt wird.

Man unterscheidet mandatum mea, tua, aliena gratia, d. h. Mandat im Interesse des Auftraggebers, des Beauftragten oder eines dritten. Die Quellen sprechen noch von mandatum tua et mea, tua et aliena, mea et aliena gratia[2]). Der Fall eines Mandats mea et tua et aliena gratia ist auch denkbar. Das mandatum tua tantum gratia ist seiner Natur nach von den übrigen verschieden; man fasst es gewöhnlich

---

[1]) l. 1 § 4 D. mandati vel contra 17, 1.

[2]) l. 2 pr. D. h. t.

als „Rat“ auf. Daher sind auch die Schadensersatzverbindlichkeiten des Mandanten für diesen Fall ganz besondere, und ihre Darlegung ist nicht Gegenstand unserer Aufgabe.

Aus dieser Auffassung des Mandats, als eines im wesentlichen unentgeltlichen und uneigennützigen Dienstes ergiebt sich für unsere ganze Untersuchung der leitende Gesichtspunkt, dass der Beauftragte gegen Unfälle, die ihm bei der Ausführung des Mandats zustossen, in höherem Masse geschützt zu werden verdient, als er es aus anderen Kontrakten beanspruchen könnte.

§ 2. Begriff des Schadens.[3])

Unter Schaden (damnum) versteht man alle Nachteile, die entweder unser schon vorhandenes Vermögen, als damnum emergens, oder den in Aussicht stehenden Gewinn, als lucrum cessans, unerwartet treffen. Der deutsche Ausdruck „Schaden, der erwächst“ ist ein weiterer, als der anscheinend entsprechende lateinische ‚damnum emergens‘. Wir werden uns in folgendem stets dem deutschen Sprachgebrauch anschliessen[4]).

Das damnum bezieht sich meist auf materielle Güter; Einbussen anderer Art, z. B. Schädigung des guten Rufs, können für die Ersatzpflicht nur dann in Betracht kommen, wenn sie sich in Vermögenswerte umsetzen lassen[5]).

§ 3. Begrenzung des Themas.

Unsere Aufgabe ist, zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen nach gemeinem Rechte der Mandant für Schaden haftet, welcher dem Mandatar bei Ausführung des Mandats erwächst.

---

[3]) Dernburg, Pandekten, II S. 121 ff.

[4]) Kekulé, Die Schadensersatzpflicht des Mandanten nach gemeinem Rechte, S. 18.

[5]) Über diesen Punkt s. Binding, Die Normen und ihre Übertretung, I S. 437; Pfaff, Gutachten, S. 12 ff.; Strohal, Gutachten, S. 140 ff.

1. Es folgt daraus, dass wir uns vor allem auf die Quellen stützen müssen, um aus ihnen eine befriedigende Lösung der vielumstrittenen Frage zu gewinnen. Erst wenn sie uns im Stich lassen, dürfen wir die Aussprüche der Juristen und neueren Gesetze berücksichtigen.

2. Dem Mandatar steht die actio mandati contraria auf Schadloshaltung zu. Man muss unterscheiden zwischen „uneigentlichem Schaden“ d. h. Auslagen, die zur Ausführung des Auftrags notwendig waren oder wenigstens notwendig erschienen, und eigentlichem Schaden, der gegen den Willen des Mandatars durch unerwünschte Umstände und nicht im Interesse des Mandats eintrat; durch beide wird das Vermögen des Mandatars gemindert. Wir werden jedoch nur vom Ersatz des „Schadens“ im engeren Sinne sprechen, denn dass der Auftraggeber dem Mandatar alle bona fide für Zwecke des Mandats gemachten Aufwendungen zu ersetzen hat, ist an und für sich unbestritten. Wenn sich an diesen Punkt Streitfragen knüpfen, so handelt es sich nicht darum, ob der Mandant im Prinzip solche Auslagen vergüten müsse, sondern darum, ob im konkreten Falle der Beauftragte befugt war, dieselben zu machen, sei es, dass überhaupt die Gültigkeit des Mandats bestritten wird, oder dass der Mandatar dasselbe unrichtig ausgeführt hat[6]). Der Schaden, der dem Mandatar durch Nichtanerkennung seiner Geschäftsführung erwächst, ist also erst ein mittelbarer, im Gegensatze zu dem, den er von vorn herein dem Auftraggeber als „Schaden“ in Anrechnung bringt. Nur der letztere ist Gegenstand unserer Darstellung.

3. Wir berücksichtigen auch nicht die Nachteile, die den Beauftragten dadurch treffen, dass er sich seinen eigenen Angelegenheiten während der Dauer des Mandats nicht in dem erforderlichen Masse widmen kann. In solchen Fällen muss der Mandatar die Folgen seiner unüberlegten Geschäftsübernahme selbst tragen[7]).

---

[6]) Es kommt hier auch der Fall Weiller-Oppenheim in Betracht. Siehe Kekulé a. a. O. S. 90 ff.

[7]) Pothier, Les traités du droit français, S. 134, 77.

4. Eine Voraussetzung unserer Untersuchung ist, dass die beiden Parteien nicht durch eine besondere Abmachung, vor allem einen Garantievertrag, den Grad ihrer Schadensersatzverpflichtungen festgesetzt haben. Während der Mandant seine Haftung auch über die gesetzlichen Erfordernisse hinaus ausdehnen kann, darf er sich andererseits nie von der Haftung für dolus befreien[8]).

[8]) l. 23 D. de R. J. 50, 17.

Abschnitt II.

Die Schadensersatzpflicht nach dem Wortlaute der Quellen.

§ 4. Allgemeine Grundsätze.

Es gilt als allgemein anerkannt, dass das römische Recht die Schadensersatzpflicht aus Vertragsverhältnissen in der Regel auf ein Verschulden gründet. Bis zu welchem Grade von Schuld der Verpflichtete haftet, hängt von der Natur des betreffenden Kontraktes ab. So steht derjenige, der nur im Interesse des anderen Teiles handelt, nur für dolus und und culpa lata ein, während er auch für culpa levis haften würde, wenn er selbst Vorteile aus dem Geschäfte zieht. Mit Rücksicht auf das Verkehrsinteresse und das ihm geschenkte Vertrauen ist auch der Mandatar für jede Verschuldung verantwortlich, obgleich er den Auftrag unentgeltlich übernimmt[1]). Beim Fehlen einer Verschuldung auf beiden Seiten der Kontrahenten nennt man den Schaden einen zufälligen und beantwortet die Frage, wer in diesem Falle für den Schaden aufzukommen habe, meist mit dem Satze ‚casus a nullo praestatur'[2]) oder ‚casum sentit dominus', d. h. den Schaden trägt dann derjenige, der durch ihn betroffen wird.

Die Behauptung, dass die Römer die Schadensersatzpflicht grundsätzlich auf eine Verschuldung zurückgeführt haben, können wir schon jetzt als eine unbedingt richtige nicht an-

---

[1]) l. 13 C. h. t. 4, 35.

[2]) l. 23 D. de R. J. 50, 17.

erkennen, da sowohl aus der actio de dejectis et effusis[3]) als auch aus dem receptum nautarum cauponum[4]) eine Haftung auch ohne Verschuldung, also auch für „Zufall“ besteht[5]).

§ 5. Die l. 61 §§ 1, 3 u. 5—7 D. de furtis 47, 2 und l. 26 §§ 6 u. 7 D. mandati vel contra 17, 1.

Wie reiht sich die Haftung des Mandanten in dieses in seinen Grundzügen skizzierte Schadensersatz-System ein? Wie wir gesehen haben, hat der Mandatar, trotzdem er keinen Vorteil aus dem Geschäft hat, für omnis culpa aufzukommen. Um wieviel mehr muss nun der Mandant für Schaden haften, der dem uneigennützigen Mandatar erwächst, vorausgesetzt, dass nicht ein Dritter mit Erfolg zum Ersatz herangezogen werden kann. Die Frage kann also nur sein: Haftet der Mandant nur für omnis culpa oder über dieselbe hinaus?

Zwei gewichtige Autoritäten, Africanus und Paulus, behandeln in den Digesten unsere Frage eingehend. Der Wortlaut der einschlägigen Stellen ist folgender.

I. l. 61 Africanus libro VIII Quaestionum §§ 1, 3 u. 5—7 D. de furtis 47, 2.[6])

§ 1. ‚His etiam illud consequens esse ait, ut, etsi is servus, quem mihi pignori dederis, furtum mihi fecerit, agendo contraria pignoraticia consequar, uti similiter aut damnum decidas, aut pro noxae deditione hominem relinquas.‘ . . . .

§ 3. ‚Quodsi sciens quis ignoranti furem pignori dederit, omnimodo damnum praestare cogendus est; id enim bonae fidei convenire.‘ . . . .

§ 5. ‚Quod vero ad mandati actionem attinet, dubitare se ait, num aeque dicendum sit omnimodo damnum praestari

---

[3]) l. 1 § 4 D. 9, 3.

[4]) l. 3 § 1 D. 4, 9.

[5]) Im ersteren Falle ist höchstens eine Art Schuldpräsumtion aufgestellt; im zweiten nehmen manche Schriftsteller ein ausdrückliches (Goldschmidt) oder generelles (Lenel) Garantieversprechen des Wirtes an. S. Dernburg, Pandekten, II S. 107 Anm. 3.

[6]) Die Auslassung der §§ 2 und 4 stört den Gedankengang des Africanus nicht.

debere. Et quidem hoc amplius quam in superioribus causis servandum, ut, etiamsi ignoraverit is, qui certum hominem emi mandaverit, furem esse, nihilominus tamen damnum decidere cogatur, justissime enim procuratorem allegare, non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset. Idque evidentius in causa depositi apparere; nam licet alioquin aequum videatur, non oportere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti ipse servus sit, multo tamen aequius esse, nemini officium suum, quod ejus, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse. Et sicut in superioribus contractibus dolum ejus, qui sciens reticuerit, puniendum esse dictum sit, ita in his, culpam eorum, quorum causa contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere; nam certe mandantis culpam esse qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter ejus, qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret.'

§ 6. ‚Circa commodatum autem merito aliud existimandum, videlicet quod tunc ejus solius commodum, qui utendum rogaverit, versetur; itaque eum, qui commodaverit, sicut in locatione, si (non)[7]) dolo quid fecerit, non ultra pretium servi quid amissurum, quin etiam paulo remissius circa interpretationem doli mali debere non versari, quoniam, ut dictum est, nulla utilitas commodantis interveniat.'

§ 7. ‚Haec ita puto vera esse, si nulla culpa ipsius, qui mandatum vel depositum susceperit, intercedat; ceterum si ipse ultro ei custodiam, argenti forte vel nummorum commiserit, cum alioquin nihil unquam dominus tale quid fecisset, aliter existimandum est.'

II. l. 26 Paulus libro XXXII ad Edictum §§ 6, 7 D. mandati vel contra 17, 1.

§ 6. ‚Non omnia, quae impensurus non fuit, mandatori imputabit, veluti quod spoliatus sit a latronibus, aut naufragio res amiserit, vel languore suo suorumque apprehensus quaedam erogaverit; nam haec magis casibus, quam mandati imputari oportet.'

---

[7]) Der Wert dieses ‚non' wird weiter unten näher besprochen werden.

§ 7. ‚Sed cum servus, quem mandato meo emeras, furtum tibi fecisset, Neratius ait, mandati actione te consecuturum, ut servus tibi noxae dedatur, si tamen sine culpa tua id acciderit; quodsi ego scissem talem esse servum, nec praedixissem, ut posses praecavere tunc, quanti tua intersit, tantum tibi praestari oportet[8]).‘

Zu I. Africanus behandelt im § 5 den Fall, wo der Mandatar den Auftrag zum Ankaufe eines bestimmten Sklaven ausführt und darauf, ohne eigene Schuld, von letzterem bestohlen wird. Der Jurist entscheidet nun, dass der Mandant, auch wenn er die schlechte Eigenschaft des Sklaven nicht gekannt habe, den Schaden dem Beauftragten vollständig ersetzen müsse; er gründet seine Ansicht aber im Verlaufe auf eine ‚culpa‘ des Mandanten. Während er also am Anfange des § 5 den Auftraggeber offenbar auch ohne dessen Verschulden verpflichtet, scheint er einige Zeilen später, im Widerspruche dazu, die Haftung doch durch ‚culpa‘ desselben zu bedingen. Die Africanus-Stelle enthält also anscheinend in sich eine Divergenz, welche das von uns erstrebte Ziel ferner rückt. Auf jeden Fall beabsichtigt der Jurist den Mandatar günstiger zu stellen, als den Pfandgläubiger, Käufer und Mieter.

Zu II. Die Schwierigkeiten erhöhen sich, wenn wir die Paulus-Stelle heranziehen. Paulus spricht im § 7 auch von einem Sklavenkaufe, der für den Mandatar dieselben verhängnisvollen Wirkungen hat, wie bei Africanus. Zu einem vollen Schadensersatze (quanti tua intersit) verpflichtet er den Mandanten aber nur für den Fall, dass er trotz Kenntnis der diebischen Neigungen des Sklaven (‚quod si ego scissem‘) den Mandatar hierauf vorher nicht aufmerksam gemacht hat (‚nec praedixissem‘); anderenfalls soll der Mandatar mit der actio contraria nur noxae deditio des Sklaven erlangen können,

[8]) Wir werden in unserer Abhandlung, dem Beispiele Hanau's („Die Voraussetzungen, unter welchen nach gemeinem Rechte der Mandant für Schaden haftet, welcher dem Mandatar bei Ausführung seines Auftrages erwächst“, S. 17) folgend, die citierten Stellen kurz mit Africanus- bezw. Paulus-Stelle bezeichnen.

die ihm ohnehin aus der actio noxalis bedingungslos zusteht[9]). Paulus scheint also, im Widerspruch mit Africanus, eine Haftung des schuldlosen Mandanten prinzipiell ausschliessen zu wollen, umsomehr, als er schon im § 6 für mehrere Fälle kasuellen Schadens einen Ersatzanspruch des Mandatars zurückgewiesen hat.

Für unsere Frage, ob der Mandant nur für omnis culpa oder über dieselbe hinaus zu haften hat, geben uns die Quellen also keine glatte Lösung. Paulus und am Ende des § 5 auch Africanus scheinen das allgemeine Prinzip ‚ohne Schuld keine Schadensersatzpflicht' aufrecht erhalten zu wollen, während letzterer im Anfange des § 5 eine erhöhte Haftung in klaren Worten ausspricht und gleichzeitig durch seinen Apell an Recht und Billigkeit motiviert.

Um uns aus diesem Dilemma zu befreien, müssen wir, bevor wir unsere eigene Meinung begründen, die zahlreichen verschiedenartigsten Theorieen und Erörterungen prüfen, die sich an diese Streitfrage im Laufe der Jahrhunderte geknüpft haben. Wenn der folgende kritische Teil unserer Abhandlung zum grossen Teil nur negativ ausfällt, so wird es uns hoffentlich nach Widerlegung der von uns nicht gebilligten Ansichten auch gelingen, auf den von anderen gelegten Fundamenten eine neue Theorie aufzubauen.

---

[9]) pr. J. de noxalibus actionibus 4, 8.

Abschnitt III.

Kritischer Teil.

Kapitel 1.

§ 6. Die herrschende Lehre.

Zu den Anhängern des Verschuldungsprinzips gehören die meisten unserer angesehensten Rechtslehrer. So sagt Dernburg[1]) „Verschuldung des Mandanten macht ihn dem Mandatar schadenersatzpflichtig. Für zufälligen Schaden, welcher dem Mandatar bei Gelegenheit der Ausführung des Auftrages zustiess, hat er nicht aufzukommen.“ In einer Anmerkung fügt Dernburg hinzu: „Das Prinzip ist nicht unbedenklich,“ erklärt aber den Gedanken an eine Haftung für casus als „derzeit im gemeinen Rechte verschollen“ und unterdrückt also seine Zweifel in der Frage zu gunsten der herrschenden Meinung.

Arndts[2]) vertritt diesen Standpunkt noch entschiedener, indem er den Mandanten nur anhält, „für jeden durch sein Verschulden dem Mandatar verursachten Schaden Ersatz zu leisten.

Brinz[3]) drückt seine Ansicht in weniger scharfer Form so aus: „Der Mandant haftet für Ersatz alles dessen, was dem Mandatar infolge des Mandats abgeht, für etwa erforderliche Vorschussleistung, versprochenes Honorar, sowie Abwesenheit aller und jeder Gefährde.“ Im einzelnen soll nach ihm der

[1]) Dernburg, Pandekten, II S. 319.
[2]) Arndts, Lehrbuch der Pandekten, S. 518.
[3]) Brinz, Pandekten, II, 2 S. 778ff.

Mandant ersetzen unter anderem Abgang durch Verluste, die aus dem Mandat entstehen, im Gegensatz zu solchen, die auf einem ausserhalb desselben liegenden casus beruhen. Auch Brinz gehört wohl zu den Vertretern der herrschenden Lehre, wie aus seinem speziellen Hinweise auf die Paulus-Stelle deutlicher hervorgeht.

Nach Puchta[4]) braucht der Mandant nicht für zufälligen Schaden zu haften.

Windscheid[5]) lässt aus dem Satze: „Den Schaden, welchen der Beauftragte blos bei Gelegenheit der Ausführung des Auftrages erleidet, bekommt er nur dann ersetzt, wenn dabei den Auftraggeber ein Vorwurf trifft", erkennen, dass er ein neues, die Haftung erweiterndes Moment in dieser Frage zur Geltung bringen will. Um so mehr ist es zu bedauern, dass Windscheid sich nicht klarer und eingehender ausgesprochen hat.

Vangerow, Wächter und Wendt gehen auf unsere Frage nicht näher ein, aus den von ihnen aufgestellten allgemeinen Prinzipien über den Schadensersatz geht aber hervor, dass sie wohl auch beim Mandat nur die Verschuldung als Verpflichtungsgrund anerkennen.

Die Hauptvertreter der modernen Wissenschaft stimmen also darin überein, dass sie alle vom Gesichtspunkte der culpa mandantis ausgehen. Ihre Stellung zu den anscheinenden Widersprüchen der Quellen erklären sie uns nicht näher[6]).

Kapitel 2.

Die Erklärungen der Africanus- und der Paulus-Stelle.

§ 7. Die culpa in § 5 der Africanus-Stelle als culpa levis aufgefasst.

Bei der Interpretation der beiden Quellenstellen drängt sich die Frage auf: Kann man überhaupt in dem Verhalten

[4]) Puchta, Pandekten, S. 476.

[5]) Windscheid, Lehrbuch der Pandekten, II S. 541.

[6]) Dernburg's Ansicht wird im folgenden Paragraphen auf grund seines „Pfandrechts" näher erörtert.

des Mandanten bezw. Deponenten am Schlusse des § 5 der Africanus-Stelle ein Verschulden erblicken?

Hasse[7]) bemerkt hierzu, sowohl der Mandant als der Deponent seien in culpa levis; der Mandant, weil er zum Kaufe eines bestimmten Sklaven keinen Auftrag geben müsse, ohne vorher zu wissen, dass dieser kein Dieb sei; der Deponent, weil er einem Freunde keinen Sklaven hingeben dürfe, von dem er sich nicht vorher die Überzeugung verschafft habe, dass er nicht diebisch sei, oder auch er müsse ihn warnen. Bei beiden Kontrakten soll also nicht der Grad, sondern die Richtung des Fleisses, welcher verlangt wird, verschieden sein, und die culpa hauptsächlich darin bestehen, dass der Mandant und der Deponent sich nicht durch hinreichende Bemühungen in den Stand setzten, den anderen Teil eventuell bei Übernahme des Geschäfts zu warnen. Hasse fügt selbst hinzu, dass dieser Grund beim Depositum deshalb nicht ganz durchgreifend erscheine, da es sich ja denken lässt, dass der Deponent eine gegründete Überzeugung von der bisherigen Unschuld des Sklaven hatte, und dieser wider Erwarten nun doch sich verführen liess. Dieser Einwand gilt in noch stärkerem Masse für das Mandat. Eine Fahrlässigkeit des Auftraggebers kann vor allem nicht vorliegen, wenn der Sklave beim Mandatar zum ersten Male einer Versuchung unterliegt; in solchen Fällen kann doch ein Verschulden weder in dem Auftrage zum Kaufe eines damals noch ehrlichen Sklaven gefunden werden, noch in der Unterlassung von zwecklosen Erkundigungen.

In ähnlicher Weise meint Dernburg[8]): Wer einen Sklaven deponiert oder den Auftrag zum Ankaufe eines bestimmten Sklaven giebt, muss entweder den Charakter desselben beobachtet und studiert haben; oder wenn er sich dessen nicht vergewissert hat, von vornherein von seiner Nichtkenntnis Anzeige machen. Die verminderte Haftungspflicht, die Africanus dem Verpfänder und Verkäufer zubillige, trotzdem die-

[7]) Hasse, Die culpa des römischen Rechts, S. 403.
[8]) Dernburg, Pfandrecht, II S. 163.

selben auch für diligentia diligentis patris familias haften, erkläre sich dadurch, dass die Aufmerksamkeit, die derselbe ordentliche Familienvater anwendet, sich bei verschiedenen Kontrakten unter fast gleichen Verhältnissen nicht selten verschieden gestalte.

Diese Behauptungen sind zum Teil schon mit denen Hasse's widerlegt. Für den Fall der Anzeige seiner Unkenntnis, wo nach Dernburg mit der culpa auch die Haftung des Mandanten aufhören müsste, haftet dieser nach dem § 5 in gleichem Masse, da letzterer von keiner derartigen Beschränkung der allgemeinen Regel spricht. Wie sollte sich auch der Auftraggeber durch eine derartige nichtssagende Mitteilung befreien können!

Unterholzner[9]) meint, Africanus wolle zuerst anscheinend den Auftraggeber unbedingt verantwortlich machen; am Ende sehe man aber, dass er doch nur wegen Verschuldung haften solle. Er nimmt daher ohne Bedenken an, der Jurist setze die Möglichkeit irgend eines Versehens voraus, giebt jedoch nicht an, wo er dasselbe zu entdecken glaube.

Glück's[10]) Erklärung der culpa in der Africanus-Stelle lässt seine Ansicht nicht klar erkennen. Er sagt: „Der Gewaltgeber muss dem Bevollmächtigten allen, von seiten des letzteren nicht selbstverschuldeten Schaden ersetzen, welchen derselbe aus der Erfüllung des Auftrages, wenn auch nur durch die geringste Schuld des Mandanten erlitten hat. Aus diesen Worten geht meines Erachtens hervor, dass Glück am Schluss des § 5 auch eine Schuld, wenn auch nur eine „geringste Schuld" annimmt. Da er nun an den § 6 des Paulus-Fragments die Bemerkung knüpft, der Mandant brauche zufälligen Verlust durch Krankheit, Plünderung u. s. w. nicht zu ersetzen, weil dieser als ein blosser Unglücksfall mit dem Auftrage in keiner notwendigen Verbindung steht", so folgert Hanau[11]): „Das bedeutet ebenso viel wie: Wenn der Schaden,

[9]) Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen, S. 597.

[10]) Glück, Erläuterung der Pandekten, S. 307 ff.

[11]) Hanau a. a. O. S. 25.

den der Mandatar erleidet, mit dem Auftrage in notwendiger Verbindung steht, so muss ihn der Mandant ersetzen, auch wenn der Schaden vielleicht teilweise den Charakter des Zufalls an sich trüge!“

Glück nähme hiernach also auch eine Haftung über Verschulden hinaus an; nach unserer Meinung ist aber die Folgerung Hanau's eine sehr gewagte. Glück scheint vielmehr nicht nur im allgemeinen die culpa als Basis der Schadensersatzlehre anzunehmen, sondern auch in der uns vor allem interessierenden Africanus-Stelle eine Fahrlässigkeit zu erblicken, ohne jedoch eine Erklärung für dieselbe zu geben.

Schirmer[12]) lässt uns auch im Zweifel über seine endgültige Meinung. Er sagt zuerst: „Es ist hier von Africanus mit aller wünschenswerten Entschiedenheit die Regel aufgestellt, dass bei denjenigen bonae fidei negotia, welche lediglich im Interesse des einen Teils eingegangen sind, dieser Teil auch dem anderen Kontrahenten den zufälligen Schaden zu ersetzen hat, der auf das Geschäft als seine thatsächliche Veranlassung zurückgeführt werden kann. Aus diesen Worten geht klar hervor, dass Schirmer mit Africanus eine erweiterte Haftung annimmt. Zu den Worten ‚ita in his culpam eorum‘ . . . bemerkt er jedoch, Africanus wolle die eben gegebene Entscheidung am Schlusse des Paragraphen auch von einem ganz abweichenden Gesichtspunkte als wohl motiviert rechtfertigen, indem er hervorhebe, dass auch ignorantia auf culpa beruhen könne, und daher als Regel bei jeder Unkenntnis des Mandanten eine Verschuldung präsumiere[13]). Da uns die Fälle, wo die ignorantia nicht mit Fahrlässigkeit verknüpft ist, als die gewöhnlichen erscheinen, so wäre doch gerade die entgegengesetzte Annahme gerechtfertigt, was auch dem scharf ausgeprägten Billigkeitssinn des Africanus entspräche.

Bei der Vergleichung der Africanus-Stelle mit dem § 7 des Paulus-Fragments, in welchem Schirmer auch den Fall

[12]) Schirmer in den Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. 10 S. 70 ff.
[13]) Schirmer a. a. O. S. 80.

eines bestimmten Auftrags voraussetzt, findet der Schriftsteller trotzdem keinen Widerspruch, obgleich Paulus den schuldlosen Mandanten nur zur noxae deditio verpflichtet.

Mit Recht macht schon Koppel[14]) auf diese Inkonsequenz aufmerksam.

Wenn wir noch kurz auf Löhr[15]) hinweisen, der vermutet, die ganze Stelle des Africanus sei nur durch ein Versehen der Kompilatoren in die Pandekten aufgenommen[16]) und sich ganz auf die Seite des Paulus stellt, so haben wir die Hauptvertreter einer Ansicht kennen gelernt, welche neben der Verschuldung kein neues Prinzip in der Schadensersatzlehre anerkennen möchte und in diesem Bestreben selbst im § 5 der Africanus-Stelle eine Fahrlässigkeit des Mandanten zu finden meint. Sie hat uns aber nicht einmal die Frage befriedigend gelöst, worauf man den Vorwurf gründen könne, geschweige denn den durch ihre Annahme in die ganze Stelle gebrachten Widerspruch.

§ 8. Neue Kulpabegriffe.

Ihering[17]) hat den Begriff der culpa in contrahendo entwickelt, durch welche derjenige, welcher den Anstoss zum Abschluss eines Vertrages giebt, wenn dieser später nicht zu stande kommt, dem anderen Kontrahenten für eventuellen Schaden aufzukommen hat[18]). Diese Theorie ist für uns scheinbar nicht von Wert, weil sie gerade für diejenigen Fälle nichtiger und anfechtbarer Geschäfte aufgestellt ist, die wir nicht in den Bereich unserer Untersuchung ziehen. Aber mit Mommsen[19]) können wir sagen, dass, wenn die Theorie

---

[14]) Koppel, Haftet der Auftraggeber dem Beauftragten für den Schaden, welchen dieser bei Ausführung des Mandats erlitten hat? S. 22.

[15]) Löhr, Theorie der culpa, S. 143 ff.

[16]) Kekulé a. a. O. S. 59 wendet sich mit Recht gegen diese Annahme, betritt aber später ein ähnliches Gebiet.

[17]) Ihering, Culpa in contrahendo, in den Jahrbüchern für Dogmatik, IV S. 36 ff.

[18]) Näheres bei Hanau a. a. O. S. 29 ff.

[19]) Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht, S. 16.

Ihering's richtig ist, sie auch in den Fällen, wo ein an sich gültiger Vertrag abgeschlossen ist, ihre Anwendung findet.

Ihering[20]) spricht selbst für die erweiterte Geltung seiner Theorie mit den Worten: „Dass der Mandant, unabhängig von einer culpa auf seiner Seite, dem Mandatar den Schaden ersetzen muss, den er durch das aufgetragene Geschäft (nicht blos bei Gelegenheit der Ausführung desselben) erlitten, ist ein Gebot der Billigkeit, das das römische Recht sowohl in abstrakter Form, als in konkreten Entscheidungen ausdrücklich anerkennt. Gleichwohl nimmt Africanus in der l. 61 § 5 D. de furtis, in der er dieses Prinzip selbst ausspricht, die culpa des Mandanten zu Hülfe . . . Ob Africanus wohl daran gethan, den Gesichtspunkt der culpa hineinzuziehen, gilt mir hier gleich; für meinen Zweck[21]) genügt es vollkommen, dass er dem Mandanten seine Unkenntnis schlechthin zur culpa anrechnet, ohne der individuellen Ermittelung derselben Raum zu gönnen."

Dass Africanus im § 5 beim Hineinziehen der culpa an eine derartige ‚culpa in contrahendo' gedacht habe, ist wohl nicht anzunehmen, um so weniger als Ihering's Theorie, selbst für ihr Hauptgebiet, das Kaufgeschäft, mehr als eine geistvolle, aber dem römischen Recht fremde[22]) Fiktion angesehen werden kann, die auch von ihrem Urheber später zum Teil aufgegeben worden ist.

Auch Unger[23]) erkennt an, dass Africanus selbst den vorwurfsfreien Mandanten unter Umständen haften lasse. In der „culpa" des § 5 sieht er kein eigentliches Verschulden, welches im konkreten Falle individuell zu ermitteln wäre, sondern eine culpa in abstracto, eine Schuld schlechthin und ohne weiteres. „Es ist Sache des Deponenten", bemerkt Unger zu den letzten Worten des Paragraphen, „die Beschaffenheit der von ihm hinterlegten Sache zu kennen, und daher seine Schuld (in diesem uneigentlichen Sinne), wenn

[20]) Ihering i. d. Jahrbüchern für Dogmatik, IV S. 36, 37.
[21]) d. h. zum Beweise der Existenz einer culpa in contrahendo.
[22]) So Köppen i. d. Jahrbüchern für Dogmatik, XI S. 143.
[23]) Unger, Handeln auf fremde Gefahr, S. 24.

ihm die gefahrdrohende Eigenschaft desselben unbekannt geblieben ist; er haftet, nicht wenn er die schadenbringende Eigenschaft der hinterlegten Sache kannte oder kennen müsste, sondern weil er dieselben kennen musste. Diese Begründung und Rechtfertigung der unbedingten Haftung durch Zurückführung auf ein Verschulden „gewissermassen“ (‚aliquatenus culpae reus est‘) entspricht dem Bestreben der römischen Juristen, derselben eine subjektive Wendung und Unterlage zu geben.“ Unger's Hypothese einer Verschuldung, die aber auf keinem tadelnswerten Benehmen beruht, erscheint uns unnatürlich; sie ist in dieser Form eine contradictio in adjecto, deren sich die klassischen Juristen wohl nie schuldig gemacht haben.

Es schliessen sich Mommsen[24]) und Koppel[25]) an, deren im wesentlichen übereinstimmende Ansichten wir zusammen behandeln können. Mommsen's Erörterung der Africanus-Stelle bildet einen Teil seiner Lehre von der Haftung der Kontrahenten bei Verträgen. In dieser entwickelt er, dass beim Depositum und Mandat der Wille desjenigen, auf dessen Vorteil das Geschäft berechnet ist, als das eigentliche agens bei der Vertragsschliessung sich darstellt. Daraus folgert er: „Weil der Mandant es also ist, der eben damit den Mandatar zu der dem Auftrage entsprechenden Thätigkeit veranlasst, muss der Mandant dem Mandatar, wenn dieser infolge der Übernahme des Mandats einen Schaden erleidet, diesen ersetzen. Was den Mandanten verpflichtet, ist nicht ein Verschulden von seiner Seite, sondern die Erteilung des Auftrags als solche, und es kommt daher auch nicht darauf an, ob der Schaden, welchen der Mandatar erlitten, seinen Grund in Umständen hat, welche bereits zur Zeit des Mandats vorhanden waren, oder in Umständen, welche erst später eingetreten sind.“ Diese seine logisch begründete Ansicht findet Mommsen auch in den Quellen, und zwar vor allem in der Africanus-Stelle, klar ausgesprochen. Er versteht unter der ‚culpa‘ keine „eigentliche“ culpa, sondern meint, der letzte Satz:

[24]) Mommsen a. a. O. II S. 58 ff.

[25]) Koppel a. a. O. S. 27 ff.

‚nam certe‘ . . . u. s. w. sei in dieser Allgemeinheit falsch, und Africanus habe hier einen unrichtigen Gesichtspunkt hineingezogen, der jedoch in Beziehung auf das Resultat keinen Unterschied mache. Mommsen räumt die Schwierigkeit der Stelle also zu gunsten der Anfangsworte weg, giebt uns aber keine wirkliche Erklärung, weshalb Africanus gerade den Ausdruck culpa gebraucht. Im weiteren Verlaufe bemerkt Mommsen treffend, es müsse nach seiner Meinung darauf ankommen, was die Veranlassung des Schadens gewesen sei. Der Schaden kann nach Mommsen[26]) darin seinen Grund gehabt haben, dass das Mandat diesen bestimmten Inhalt gehabt hat, oder darin, dass der Mandatar das Mandat auf diese, und nicht, wie er das auch hätte thun können, auf eine andere Weise ausgeführt hat. Den ersten Schaden muss der Mandant ersetzen, ohne Rücksicht darauf, ob ihm eine culpa nachgewiesen werden kann, nur deshalb, weil er ihn veranlasst hat; dagegen wird er einen Schaden der zweiten Art nicht immer und unbedingt zu ersetzen haben, sondern nur dann, wenn ihm in irgend einer Weise eine culpa zur Last fällt, wenn er die Gefahr wenigstens einigermassen hätte voraussehen können. Für den Fall der Africanus-Stelle zieht Mommsen die Konsequenz seiner Unterscheidung, indem er sagt, dass der Mandant durch den Auftrag, einen bestimmten Sklaven zu kaufen, die Veranlassung des Schadens gewesen ist und also für vollen Schadensersatz haften müsse. Die nach seiner Ansicht im Widerspruche hierzu stehende Paulus-Stelle verwirft er.

Der Wert der Ausführungen Mommsen's wird für uns dadurch beeinträchtigt[27]), dass er eine Antwort auf die schwierige Frage, was Africanus denn eigentlich mit dem Worte ‚culpa‘ sagen will, nur scheinbar giebt, in Wirklichkeit aber die Lösung der Aufgabe mehr der abstrakten Logik und seinen Gefühlen für Recht und Billigkeit anvertraut. Seine so gewonnene Ansicht sucht er durch mehrere neue Quellencitate zu bekräftigen, so durch l. 67 D. 46, 1, l. 15 D. 17, 1,

[26]) Mommsen a. a. O. S. 62.

[27]) Hanau a. a. O. S. 40.

l. 17 pr. D. 15, 3. Diese bestätigen zwar den von ihm verteidigten Grundsatz: ‚iniquum esse dam nosum esse cuique officium suum', sind aber nicht imstande, die besonderen Schwierigkeiten der Africanus-Stelle zu heben.

Ihering, Unger, Mommsen und Koppel stimmen also darin überein, dass die Haftung des Mandanten nicht durch seine Verschuldung allein bestimmt werde, und halten dies für die Meinung des Africanus. Ihre Ansichten gehen klar hervor aus der Art und Weise, wie sie ihre Schadensersatzsysteme formulieren. Mommsen lässt den Mandanten haften, wenn der Schaden durch den Inhalt des Mandats verursacht wird, im Gegensatz zu dem, der durch die Art der Ausführung des Auftrages entstanden ist. Nach Ihering[28]) muss der Mandant den Schaden vergüten, den der Mandatar durch das aufgetragene Geschäft und nicht nur bei Gelegenheit der Ausführung desselben erlitten hat, während Unger[29]) eine Ersatzpflicht nur dann für begründet erachtet, wenn der Unfall in ursächlichem Zusammenhange und unmittelbarer Verbindung mit der Erfüllung des Auftrages steht. Auf diese Einteilungen näher einzugehen, hat an dieser Stelle keinen Wert, da sich für uns der Streit noch um die grundlegenden Begriffe dreht; denn unser Hauptzweck, aus den Erörterungen der erwähnten Schriftsteller eine Erklärung der ‚culpa' zu finden, ist nicht erfüllt. Es entsteht vielmehr ausserdem die Frage: Wenn man entgegen der herrschenden Lehre die ganze Africanus-Stelle zum Beweise einer erweiterten Haftung heranzieht, wie vereinigen sich dann die Ansichten des Africanus mit denen des Paulus?

§ 9. Der anscheinende Widerspruch zwischen Paulus und Africanus.

1. In der Paulus-Stelle bietet der § 6 keine Schwierigkeiten, wenn wir mit Mommsen[30]) vorläufig annehmen, dass

[28]) Ihering, Culpa in contrahendo, in den Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. 4 S. 37.

[29]) Unger, Handeln auf fremde Gefahr, S. 33, 34.

[30]) Mommsen a. a. O. S. 64.

Paulus unter dem „zufälligen“ Schaden, der nicht dem Mandate zuzurechnen ist, nicht jeden zufälligen Schaden überhaupt, sondern nur denjenigen versteht, der bei der Ausführung des Mandats eingetreten ist, ohne in dem Inhalte des Mandats selbst seinen Grund zu haben, und dass er die Ausschliessung der Ersatzpflicht in den fraglichen Fällen nur als Regel habe aussprechen wollen, ohne dabei zu verkennen, dass unter Umständen auch hier der Schaden dem Mandat zuzurechnen sei.

2. Im § 7 trennen sich die Ansichten. Der Streitpunkt ist: Spricht Paulus von dem Ankauf eines bestimmten Sklaven, wie Africanus, oder von dem eines unbestimmten, so dass der Fall eine ganz andere Beurteilung verdient? Die Mehrzahl aller Juristen, darunter auch Mommsen[31]) und Koppel[32]), entscheiden sich für das erstere und erkennen die dadurch entstehende Antinomie mit der Africanus-Stelle offen an.

Dagegen versteht Voet[33]) unter ‚servus‘ einen beliebigen Sklaven, dessen Wahl in der Hand des Beauftragten liegt, und meint daher, da es ein Zufall sei, dass letzterer gerade auf den Kauf eines diebischen Sklaven verfallen sei, so sei die Entscheidung des Paulus ganz konsequent. Die neue Schwierigkeit, die durch Vergleichung des so verstandenen ‚servus‘ mit den Worten: ‚si ego scissem, talem servum esse‘ u. s. w. entsteht, sucht Voet damit zu erklären, es habe zuerst ein Auftrag zum Ankauf eines unbestimmten Sklaven vorgelegen; nachdem nun der Mandatar den Sklaven nach eigener Auswahl gekauft habe, habe der Mandant erfahren, der Sklave sei diebisch, aber es unterlassen, den Beauftragten zu warnen. Mit Rücksicht auf das ‚praedixissem‘, das doch nur verstanden werden kann als „Voraussage vor Ausführung des Auftrages“, müssen wir diese Interpretation Voet's als nicht genügend begründet verwerfen[34]).

[31]) Mommsen a. a. O. S. 65.
[32]) Koppel a. a. O. S. 26.
[33]) Voet, Commentarius ad Pandectas, S. 745, 13.
[34]) S. Kekulé a. a. O. S. 31.

3. An die Worte: ‚si tamen sine culpa tua id acciderit' knüpft Anton Faber[35]) den Zweifel, ob überhaupt der Mandatar ohne eigenes Verschulden bestohlen werden könne, und Löhr[36]) verneint dies unbedingt. Es würde damit unser Fall wegen einer culpa des Beauftragten eine spezielle Entscheidung erfordern und deshalb, bei der Entwickelung einer Schadensersatzpflicht des Mandanten als Beispiel ungeeignet sein. Die erwähnte Ansicht widerlegt man, abgesehen von tiefer liegenden Gründen, durch den einfachen Hinweis darauf, dass Paulus schon durch den bedingten Satz: ‚si tamen sine culpa tua furtum acciderit' die Schuldlosigkeit des Mandanten als Möglichkeit anerkennt[37]).

Ein Rückblick zeigt uns, dass weder die in der Africanus-Stelle selbst enthaltene, noch die aus dem Vergleich derselben mit der Paulus-Stelle sich ergebende Antinomie bis jetzt gelöst ist.

§ 10. Die Theorie Hanau's.

Durch eine ganz neue Auffassung unserer beiden Quellenstellen glaubt Hanau[38]) eine Vereinigung der sich anscheinend gegenüberstehenden Ansichten herbeiführen zu können.

1. Alle bisher behandelten Schriftsteller beziehen im § 5 der Africanus-Stelle den Passus: ‚et sicut in superioribus contractibus' . . . bis zum Schlusse des Paragraphen auf den Fall, wo der Mandant die diebische Natur des Sklaven nicht kannte. Hanau dagegen glaubt, der ganze Passus bezöge sich gar nicht mehr auf diesen, sondern schon wieder auf den (in den Anfangsworten des § 5 gemeinten) ersten Fall, wo der Mandant um die diebische Natur des Sklaven weiss. Gemäss dieser Interpretation bieten die Worte: ‚nam certe culpam esse' . . . absolut keine Schwierigkeiten mehr.

Diese Erklärung ist nicht annehmbar. Die Worte ‚in his' können sich nur auf solche Fälle des mandatum und de-

---

[35]) Faber, Conjecturae juris civilis, S. 105.
[36]) Löhr, Beiträge zur Theorie der culpa, S. 164.
[37]) Vgl. Hasse a. a. O. S. 319 ff.
[38]) Hanau a. a. O. S. 44 ff.

positum beziehen, in denen der Auftraggeber in Unwissenheit war. Nur solche sind kurz vorher besprochen worden, während die Frage nach der Haftung eines Deponenten, der die Eigenschaft des Sklaven kannte, von Africanus am Anfange des Paragraphen gar nicht angeregt worden ist.

Sodann korrespondiert das ‚talem servum' mit dem vorangegangenen ‚certum servum' und bedeutet daher: „dieser erwähnte, bestimmte, und objektiv diebisch beschaffene Sklave, während Hanau darunter einen Sklaven versteht, „von dem der Mandant weiss, dass er diebisch ist[39])". Das würde aber nie mit ‚talis servus' ausgedrückt worden sein, da talis nur eine Eigenschaft des Sklaven, nicht Wissen oder Nichtwissen des Mandanten bezeichnen kann[40]).

Würde ferner Africanus seine Behauptung, dass der Mandant, ‚qui sciens reticuerit', in Schuld sei, noch mit den Worten beteuern: ‚nam certe'? Dass culpa lata dem dolus oft gleichsteht, ist Hanau zuzugeben; aber erstens ist ‚culpa' im Sinne von culpa lata dolo proxima ganz ungewöhnlich, und weshalb sollte ferner Africanus innerhalb zweier Zeilen denselben Grad des Verschuldens mit zwei verschiedenen Ausdrücken bezeichnen? Da ausserdem der Mandant und Deponent gegenüber ihren Kontrahenten zu höherer Rücksichtnahme als der Verpfänder, Verkäufer und Vermittler verpflichtet sind, so müsste Africanus dasselbe schuldhafte Benehmen eher beim Mandanten und Deponenten als dolus und bei den übrigen als culpa charakterisieren, und nicht umgekehrt.

Diesem Einwand sucht Hanau[41]) mit der Annahme vorzubeugen, dass das wissentliche Verschweigen des Verpfänders, Verkäufers und Vermieters als „Arglist" zu bezeichnen sei, weil sie wissen, dass die überlassene Sache dem anderen Kontrahenten Dienste thun soll, und sie ihm durch ihr Verhalten, anstatt zum Nutzen, zum Schaden verhelfen. Beim Mandanten dagegen sieht Hanau das wissentliche Verschwei-

[39]) Hanau a. a. O. S. 46 unten.
[40]) Kekulé a. a. O. S. 65.
[41]) Hanau a. a. O. S. 49.

gen als „Fahrlässigkeit“ an; denn die Sache, die der Mandatar beschafft, ist nicht dazu bestimmt, ihm Dienste zu leisten, also die Verpflichtung des Mandanten, auf die Mängel dieser Sache aufmerksam zu machen, lange nicht so gross, wie bei den übrigen Kontrakten.

Hanau's Ansicht widerspricht direkt unseren über die Natur des Mandats entwickelten Grundsätzen, nach denen das wissentliche Verschweigen des Auftraggebers gerade mit einem besonders scharfen Tadel bezeichnet werden müsste. Und dann sollte Africanus noch die Haftpflicht des schuldhaften Mandanten mit den zurückhaltenden Worten aussprechen: ‚ipsis potius damnosam esse dictum est‘? Zu welchem Zwecke hätte schliesslich Africanus alle Verstösse gegen Logik und Sprachgefühl begangen? Um am Schluss des Paragraphen für den schuldigen Auftraggeber dasselbe zu beweisen, was für den schuldlosen Auftraggeber und den schuldhaften Vermieter, Verkäufer und Verpfänder schon feststand!

2. Zur Bekräftigung seiner Ansicht zieht Hanau[42]) noch den folgenden § 6 hinzu, der sagt, dass beim Kommodat: ‚merito aliter existimandum esse‘; denn der Kommodant soll bis zur noxae deditio haften, ‚si dolo quid fecerit‘. Diese Lesart hat Hanau im Anschluss an die Florentina angenommen, während Haloander, Anton Faber[43]), Fr. Mommsen[44]) u. a. anstelle des ‚si‘ ein ‚si non‘ oder ‚nisi‘ setzen. Aus seiner Lesart folgert Hanau, es handle sich im § 6 darum, dass selbst die Arglist des Kommodanten diesen nur bis zur noxae deditio haften lasse. Aus den Worten: ‚circa commodatum aliud existimandum‘ ergebe sich nun, dass kurz vorher, am Schlusse des § 5, auch nur von Arglist des Mandanten und Deponenten die Rede sein könne, wenn auch hier der dolus zu vollem Ersatze verpflichte.

Diese Argumentation Hanau's wird dadurch gegenstandslos, dass wir mit den schon erwähnten Autoritäten die Lesart ‚si dolo quid fecerit‘ für unmöglich halten! Sie würde der

[42]) Hanau a. a. O. S. 47.

[43]) Faber a. a. O. S. 106.

[44]) Mommsen a. a. O. S. 75 Anm. 7.

ärgsten Böswilligkeit des Kommodanten einen Freibrief ausstellen. Ja, man müsste nach ihr bei der Auslegung seines dolus sogar noch ‚paulo remissius' vorgehen, was ganz überflüssig wäre, da der Kommodant auch bei strenger Prüfung seines dolus nicht in höherem Grade zu haften braucht, als wenn er nur kulpos gehandelt hätte.

Die aus der Lesart Hanau's gezogene Folgerung widerspricht nicht nur unserem Gerechtigkeitssinn und dem allgemeinen Grundsatze, dass man für dolus immer voll einstehen muss, sondern auch den von Africanus selbst in l. 31 D. 13, 7 für Kommodat und Depositum, und von Paulus in l. 13 § 3 D. 13, 6 für das Kommodat allein abgegebenen Entscheidungen. Nicht einmal durch Vertrag konnte man die volle Haftung für dolus einschränken; so bestimmt Celsus, also schon ein Vorgänger des Africanus, in l. 23 D. 50, 17: . . ‚non valere, si convenerit, ne dolus praestetur', und Paulus hebt in l. 17 pr. D. 13, 6 besonders hervor: ‚In commodato haec pactio, ne dolus praestetur, rata non est'. Die übereinstimmenden Quellencitate, die Hanau zum Teil selbst anführt, hindern ihn nicht, aus der letzten Stelle zu folgern, dass im übrigen eine Befreiung von der Haftung für dolus im klassischen Rechte häufig vorgekommen sein müsse, während doch schon Celsus dieselbe verbot. Dass Africanus also im § 6 einen „Kompromiss" (zu ungunsten des Kommodatars!) noch habe festsetzen können, ist Hanau nicht zuzugeben.

Seine fernere Behauptung, dass für das Kommodat immer Ausnahmeregeln gegolten hätten, und also im § 6 der Verleiher nicht einmal für das dolose Verschweigen vollständig haften brauche, stützt Hanau vor allem auf — den Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches, der im § 550 sagt, der Verleiher hafte nur, wenn ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last falle, also genau dasselbe bestimmt, was wir im § 4 unserer Abhandlung als allgemeines Prinzip aufgestellt haben[45]). Hanau hält also entweder den wissentlich

[45]) Vgl. Dernburg, Pandekten, II S. 244: „Ersatz des durch seinen dolus oder culpa lata dem Kommodatar verursachten Schadens hat der Kommodant zu leisten".

verschweigenden Kommodanten im § 6 nicht für „grob fahrlässig“, dann kann er sich dieses Beweismittels bedienen, — oder er glaubt, dass das römische Recht bei dolus mit der noxae deditio eine geringere Haftung als das Bürgerliche Gesetzbuch aufstelle, dann kann er dieses nicht zum Beweise heranziehen. Das ihm ebenfalls sehr unbequeme ‚sicut in locatione‘, mit dem Africanus für das Kommodat auf die im § 5 für die locatio entwickelten Grundsätze hinweist, beseitigt Hanau mit der Vermutung, dass diese Worte von Kompilatoren herrühren, welche die Stelle nicht verstanden haben!

Die Besprechung der kühnen Behauptungen Hanau's betreffs des § 6 hat uns anscheinend etwas von unserem Thema abgebracht. Wir haben jedoch die beiden wertvollen Resultate aus ihr gewonnen: erstens, dass die Worte ‚si dolo fecerit‘ als sinnwidrig durch ‚si non dolo fecerit‘ ersetzt werden müssen; zweitens, dass damit auch die Hanau'sche Auffassung des § 6 zusammenstürzt, und letzterer also nicht als Stütze für seine Erklärung des § 5 dienen kann. Damit ist auch der letzte Pfeiler gefallen, auf dem Hanau's Ansicht noch ruhte.

3. Da Hanau in der Africanus - Stelle die Haftung des Mandanten auch für nichtverschuldete Unfälle klar ausgesprochen findet, so schuldet er uns noch die Lösung der dadurch mit der Paulus - Stelle — in ihrer gewöhnlichen Auffassung — entstehenden Antinomie. Er erklärt nun, eine solche durchaus nicht finden zu können[46]). Paulus giebt, wie wir uns zurückrufen wollen, im § 7 dem bestohlenen Mandatar das Recht, mit der actio contraria die noxae deditio des diebischen Sklaven zu erlangen, die gewöhnlich auf grund der actio furti noxalis erfolgte. Dasselbe Recht wird in l. 61 § 1 D. de furtis 47, 2 von Africanus dem Pfandgläubiger gegeben. Den Zweck dieser Massregeln findet Dernburg[47]) darin, dass der Mandant auf diese Weise bequemer und, wegen des ihm zustehenden Retentionsrechtes, sicherer einen

[46]) Hanau a. a. O. S. 63.

[47]) Dernburg, Pfandrecht, I S. 165.

Anspruch verfolgen kann, der auf einer Verpflichtung beruht, die „der Bürger dem Bürger unabhängig von jedem Vertragsverhältnis schuldet“. Hanau[48]) dagegen betont gegenüber dieser formellen prozessrechtlichen Natur der Vergünstigung, deren materielle Bedeutung, so dass nach ihm also auch der schuldlose Mandant im § 7 zu einer Kontraktsverbindlichkeit generell verpflichtet wäre. Hanau verneint sogar, dass die noxae deditio eine limitierte Haftung sei und in derselben eine Begünstigung des schuldlosen Mandanten liege. Er erkennt die Befreiung vom vollen Ersatze nur als ein im Interesse der Öffentlichkeit den Sklaveneigentümern erteiltes Benefizium an: nicht um die allgemeine Regel limitierter Haftung handele es sich, sondern um die allgemeine Regel voller Haftung mit den Besonderheiten eines konkreten Falles. Das kommt wohl für den Mandatar in der Praxis auf dasselbe hinaus; er bekommt nur dasselbe, was er auch ohne das Mandatsverhältnis beanspruchen könnte, aber bei weitem nicht den vollen Schadensersatz, den ihm Africanus zusagt. In den Fällen, wo der Wert des gestohlenen Gegenstandes grösser ist, als der des Sklaven, kommt er trotz Überlieferung des letzteren zu Schaden; ist der Sklave aber wertvoller, so wird der Mandant kraft seiner facultas alternativa den Schaden ersetzen; der Mandatar darf also nicht etwa, wie man nach der Paulus-Stelle annehmen könnte[49]), in einem solchen Falle die ihm vortheilhafte deditio verlangen. Stirbt der Sklave bald nach der That, so bekommt der Mandatar nichts. Wir sehen daher, entgegen der Ansicht Hanau's in der Erlangung des Sklaven mittels der actio contraria nur eine prozessrechtliche Vergünstigung, die der Mandatar mit dem Pfandgläubiger teilt. Materiell sind dieselben meist ungünstiger, nie besser gestellt, als bei voller Schadensvergütung. Ein derartiges allgemeines ‚beneficium‘ der servorum domini hat zur Zeit des Africanus sicher nicht existiert, wie aus seiner Stelle hervorgeht, und auch die späteren Juristen schweigen vollständig darüber.

[48]) Hanau a. a. O. S. 52 ff.

[49]) Diese Annahme wird durch l. 61 § 1 D. 47, 2 widerlegt.

4. Im § 6 der Paulus-Stelle soll es sich nach Hanau[50]) im Gegensatze zum § 7 um „rein zufällige Ereignisse“ handeln, die „absolut nicht durch das Mandat beeinflusst sind, die garnichts mit ihm zu thun haben“, und daher den Mandanten zu nichts verpflichten. Die Frage, ob ein derartiger „reiner Zufall“ in Wirklichkeit besteht, werden wir im folgenden Abschnitte unserer Abhandlung erörtern.

Die an eigenartigen Ideen reiche Theorie Hanau's haben wir also in keinem wesentlichen Punkte billigen können; auch sie hat uns nicht die erhoffte Auflösung der verschiedenen Disharmonieen gebracht.

§ 11. Die Theorie Kekulé's.

Eine von Hanau abweichende Erklärung der beiden Quellenstellen bringt Kekulé[51]). Derselbe glaubt, der § 5 der der Africanus-Stelle sei durch eine Interpolation entstellt, die er aus verschiedenen stilistischen Unebenheiten folgert, wie z. B. dem überflüssigen ‚sibi‘ in ‚qui talem servum emi sibi mandaverit‘. Kekulé hält daher in dem Satze: ‚nam certe *mandantis* culpam esse, *qui talem servum emi sibi mandaverit et similiter* ejus, qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum qualem servum deponeret‘ — die hervorgehobenen Worte für interpoliert, so dass Africanus am Ende des § 5 also nur vom Depositum sprechen würde. Die so verkürzte Stelle bezieht Kekulé nun, wie Hanau, auf den Fall des Wissens und löst damit die durch die Worte ‚nam certe culpam esse ejus, qui deponat . . .‘ entstehende Schwierigkeit in der Weise, dass er im § 5 den klaren Beweis für eine Haftung ohne culpa findet.

Auch bei Annahme einer solchen Interpolation würde der Schlusssatz des § 5 noch immer nicht den Erfordernissen eines glatten Stils, wie man ihn Africanus nachrühmt, entsprechen. Wir verweisen auf die im vorigen Paragraphen dargelegten Bedenken betreffs der Auffassung von ‚in his‘,

---

[50]) Hanau a. a. O. S. 58.

[51]) Kekulé a. a. O. S. 66.

und diese sind auch durch die neue Lesart zum Teil nicht gehoben. Letztere lässt ferner unerklärt, warum in den Worten: ‚in his culpam . . .‘ noch an dem Parallelismus zwischen Mandat und Depositum festgehalten wird, dann aber in der durch ‚nam‘ eingeleiteten Begründung dieser culpa, nur für das Depositum eine einseitige Erklärung erfolgt.

Wenn Kekulé behauptet, die fraglichen Worte rührten offenbar nicht von Africanus her, sondern seien durch Tribonian hineingeflickt, so ist ihm zuzugestehen, dass schon Löhr[52]) und Dernburg[53]) betreffs des ganzen Fragmentes einem ähnlichen Bedenken zuneigen. Dass eine Überarbeitung der „Quästionen“ African's stattgefunden hat, wird auch von Kalb[54]) besonders hervorgehoben.

Man läuft nun bei der Quelleninterpretation leicht Gefahr, sich der Ansicht zu nähern, dass die meisten Stellen des corpus juris uns nicht in ihrer ursprünglichen, unverdorbenen Form vorliegen. Daher scheint es am besten, nur dann die Interpolation einer Stelle neu anzunehmen, wenn man sichere Anhaltspunkte dafür hat. Die Africanus-Stelle wird nun aber von Gradenwitz[55]) oder Kalb[56]) nicht einmal unter den einer Interpolation verdächtigen angeführt. Wir haben ferner nachgewiesen, dass der positive Gewinn der Annahme Kekulé's von sehr zweifelhaftem Werte ist, und, da dieselbe sich andererseits nur auf kleine stilistische Mängel stützt, so wollen wir an dem bisher allgemein anerkannten Texte festhalten, ohne uns unsere Aufgabe durch wenig begründete Hypothesen zu erleichtern.

Das infolge seiner Textredigierung gewonnene Resultat sucht Kekulé mit dem § 7 der Paulus-Stelle in Einklang zu bringen. Wir haben schon gesehen[57]), dass Voet unter dem

[52]) Löhr, Theorie der culpa, S. 143. — Gegen Löhr: Kekulé a. a. O. Seite 59.

[53]) Dernburg, Pfandrecht, I S. 163.

[54]) Kalb, Roms Juristen, S. 66.

[55]) Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten.

[56]) Kalb, Das Juristenlatein, S. 90.

[57]) S. oben Seite 24.

anzukaufenden ‚servus' einen „unbestimmten Sklaven" versteht, dass seine Erklärung aber an dem ‚nec praedixissem' scheitert. Hier setzt Kekulé mit einer neuen Auslegung ein[58]). Er versteht auch unter dem Mandat im § 7 ein mandatum indefinitum, bemerkt aber mit Recht, dass ein ganz unbestimmtes Mandat wohl sehr selten war, vielmehr dem Beauftragten meist vorher gesagt wurde, zu welcher Thätigkeit der gekaufte Sklave tauglich sein müsste. Dieser Fall liegt auch für uns vor. Der Auftraggeber wusste, dass ein Sklave mit den dem Mandatar angegebenen Berufsfähigkeiten zum Verkaufe stand, derselbe aber diebischer Natur wäre. Übersetzt man nun mit Kekulé die folgenden Worte: ‚quod si ego scissem . .' u. s. w. so: „Wenn ich gewusst haben sollte und nicht vorausgesagt haben sollte . . .", so sehen wir ein, dass in solchen Ausnahmefällen der Mandant den Schaden durch eine Warnung hätte abwenden können, und diesen also, als einen durch seine Fahrlässigkeit verschuldeten, nun ganz ersetzen muss. Das Ergebnis des § 7 der Paulus-Stelle ist bei Kekulé also: Ist das Mandat ein nicht bestimmtes, so haftet der Mandant auf vollen Ersatz nur, wenn er die Möglichkeit einer Warnung vorübergehen liess. Nach der Africanus-Stelle muss dagegen der Mandant beim mandatum definitum den Schaden schon dann vergüten, wenn er die Veranlassung zu demselben gegeben hat.

Den § 6 der Paulus-Stelle versteht Kekulé[59]) dahin, dass der Jurist für die Fälle, wo der Unfall durch „reinen Zufall" (casus) entstanden ist, die Haftung ausschliesst. Wir werden auf diesen Punkt weiter unten zurückkommen.

Kekulé hat also nicht nur eine Vereinigung der Quellenstellen herbeigeführt, sondern auch aus ihnen die Verschuldung und die Veranlassung als die beiden Ausgangspunkte der Schadensersatzlehre richtig herausgeschält. Der Wert seiner Theorie wird allerdings durch die ungerechtfertigte Annahme einer Interpolation bei Africanus gemindert, und auch im

---

[58]) Kekulé a. a. O. S. 34 ff.

[59]) Kekulé a. a. O. S. 43 ff.

übrigen bedarf seine Lehre noch mancher Ergänzungen und Berichtigungen[60]).

Blicken wir auf die verschiedenen bis jetzt aufgestellten Systeme und Interpretationen zurück, so können wir uns keiner derselben ganz anschliessen, sondern müssen uns mit den verstreuten Goldkörnern begnügen.

Bei der in folgendem von uns unternommenen Prüfung der garnicht oder nur zum Teil gelösten Widersprüche der Quellen wollen wir an dem im § 5 unserer Abhandlung wiedergegebenen Wortlaut der Stellen festhalten, indem wir nur im § 6 der Africanus-Stelle die Haloandersche Lesart: ‚si non dolo quid fecerit' endgültig annehmen.

[60]) Vgl. die Ausführungen auf S. 25 ff. und 50.

Abschnitt IV.

Unsere Theorie.

Kapitel 1.

§ 12. Das Erfordernis eines objektiven Schadens.

Die notwendige Voraussetzung eines Schadensersatzanspruches ist, dass dem Mandatar ein wirklicher Schaden erwachsen ist. Kann man einen solchen annehmen, wenn dem Beauftragten zwar bei Ausführung des Mandats ein Unfall zustösst, derselbe ihn aber auch ohne die Geschäftsübernahme getroffen hätte? Nach den Quellen würde in einem solchen Falle kein Ersatzanspruch anzuerkennen sein; denn dies widerspräche dem Sinne der l. 61 § 5 D. 47, 2 unserer bekannten Stelle, wo Africanus die Haftung des Mandanten gerade damit motiviert: ‚justissime enim procuratorem allegare, non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset'. In l. 27 § 2 D. 6, 1 und l. 10 § 1 D. 14, 2 finden wir ferner denselben Gedanken positiv ausgesprochen, und dementsprechend hat auch das Reichsoberhandelsgericht[1]) erkannt, dass zur Begründung der Schadensersatzpflicht ein objektiver Schaden vorhanden sein muss, solches aber nicht der Fall ist, wenn der Schaden auch ohne Dazwischenkunft der zum Ersatz verpflichtenden Thatsachen eingetreten wäre. Nach diesem Prinzip wird selbst der dolose Urheber eventuell von seiner Verpflichtung befreit.

---

[1]) Entscheidungen des R.O.H.G., Bd. 2 S. 358.

In unserer folgenden Untersuchung können wir daher die nach diesem Grundsatze zu entscheidenden Fälle von vornherein ausscheiden und uns gleich denen zuwenden, wo dem Beauftragten ein wahrer Schaden erwachsen ist.

Kapitel 2.

Entwickelung der Imputationslehre.

§ 13. Culpa in der lateinischen Sprache.

Die Hauptschwierigkeit unserer Aufgabe, aus den Quellen ein einheitliches Prinzip der Haftung des Mandanten zu entwickeln, liegt, wie wir im vorigen Abschnitte gesehen haben, in den Worten: ‚nam certe culpam esse . . .‘ der Africanus-Stelle. Um die Bedeutung dieser Worte zu verstehen, müssen wir uns klar machen, dass das Wort ‚culpa‘ in der lateinischen Sprache nicht nur in dem beschränkten Sinne gebraucht wird, wie man nach den Lehrbüchern annehmen könnte[2]. Letztere stellen ‚culpa‘ in einen Gegensatz zu ‚dolus‘ (böswillige Rechtsverletzung) und verstehen unter ihr die „Fahrlässigkeit“, die sich in den Graden der culpa lata und levis äussert.

Dass diese scharfe Unterscheidung erst in der späteren Kaiserzeit festgestellt sein kann, lehrt ein Blick in die Quellen. Wir finden dort neben den schon erwähnten Unterarten der Fahrlässigkeit noch die culpa levissima[3], culpa gravior[4], magna culpa[5], ein Beweis, dass culpa ‚lata‘ und ‚levis‘ noch keine festen technischen Bezeichnungen waren. Die Definition[6] von lata culpa als ‚nimia negligentia, id est non intelligere, quod omnes intelligunt‘ beweist, dass Ulpian zwar das Bedürfnis zu einer bestimmten Abgrenzung der verschiedenen Schuldgrade fühlte, dieses ihn aber nur zu der erwähnten rein negativen Definition führte. Für uns kommt vor allem der Umstand in Betracht, dass noch in der Kaiserzeit betreffs

[2]) Ihering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, S. 179 o.
[3]) l. 44 pr. D. 9, 2.
[4]) l. 54 § 2 D. 41, 1.
[5]) l. 226 D. 50, 16.
[6]) l. 213 § 2 D. 50, 16.

der Ausdrücke, die einen Grad der Fahrlässigkeit bezeichneten, kein fester Sprachgebrauch existierte. Nicht einmal der Begriff der „Fahrlässigkeit“ selbst war mit ‚culpa‘ durchgängig verbunden[7]). Dieser Begriff wurde in Rom meist durch ‚imprudentia‘ und seit alters her durch ‚noxia‘ als juristische Bezeichnungen wiedergegeben.

Culpa selbst hat vielmehr in der Blütezeit Roms und noch später eine weitere Bedeutung, die den Begriff der „Fahrlässigkeit“ zuerst garnicht enthält, sondern unserem Worte „Schuld“ entspricht. Wir müssen hierbei bemerken, dass selbst noch in der neueren Gesetzgebung „Schuld“ nicht nur im Sinne von „Verschulden“, sondern auch im Sinne von „Veranlassung“ gebraucht wird; so im Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuche, wo es im § 876 heisst: Wenn der versprechende Teil selbst nur allein an seinem wie immer gearteten „Irrtum“ Schuld ist. Pfaff[8]) versteht hier unter „Schuld“ die „Veranlassung“ des Irrtums und führt als analoges Beispiel den § 470 des Bündner'schen Gesetzbuches an; in diesem werden die Worte „ob und in welchem Masse der Geschädigte selbst die Schädigung mitverschuldete“, vom Redaktor Planta so erläutert: „veranlasste und mitverschuldete“. Wir sehen also, dass deutsche Juristen das Wort „Schuld“ nicht nur in der Bedeutung der als Vorwurf dienenden „Verschuldung“, sondern auch objektiv als „Urheberschaft“, „Veranlassung“ auffassen.

Ähnlich versteht Cicero unter culpa nicht nur „Verschulden“ oder „Fahrlässigkeit“, sondern auch reine Kausalität, ja er gebraucht sie sogar in Beziehung auf leblose Dinge, z. B. ‚fortunae culpa‘, ‚senectutis culpa‘. In dem Satze: ‚non est ista mea culpa, sed temporum‘ zeigt er durch diese Gegenüberstellung klar, dass eine von der heute anerkannten verschiedene Auffassung der culpa in der Blütezeit der Sprache herrschte. Noch viel schwerwiegender ist der Umstand, dass auch Ulpian in l. 5 § 7 D. 13, 6 von ‚machinae culpa‘ spricht; d. h. bei Gelegenheit des Schadens, „der durch die Beschaffen-

[7]) Pernice, Marcus Antistius Labeo, II S. 232.

[8]) Pfaff, Gutachten, S. 37, S. 109.

heit eines Gerüstes veranlasst ist", und in demselben Satze fortfährt: ‚quod culpa contigit rogantis commodatum', d. h. hier culpa im entschieden subjektiven Sinne von „Verschuldung" gebraucht[9]).

Demgegenüber kann wohl nicht aufrecht erhalten werden, was unter anderem Hölder[10]) behauptet, dass der römische Sprachgebrauch nichts sicherer bezeuge, als dass dem Begriffe der culpa stets das Moment des subjektiven Verschuldens wesentlich gewesen sei. Neuere Schriftsteller haben auch schon auf die weitere Bedeutung von ‚culpa' hingewiesen, so Unger[11]), Kniep[12]), Schaaff[13]). Culpa, Schuld im ursprünglichen Sinne, ist also, wie Voigt[14]) definiert, diejenige Beziehung eines Subjektes zu einem gemissbilligten Thatbestande, worin das Verhalten des ersteren den Eintritt des letzteren herbeigeführt hat; wohlverstanden: aus der Missbilligung des Erfolges folgt nicht, dass der Urheber dieselbe Beurteilung verdient.

§ 14. Strafe und Schadensersatz.

Wie erklärt es sich nun, dass bis zur Zeit Ulpian's von culpa auch in Fällen gesprochen wird, wo eine Verschuldung schlechterdings nicht zu finden ist, in späterer Zeit jedoch die objektive Bedeutung des Wortes immer mehr zurückge-

[9]) Auf den feineren Unterschied zwischen „Ursache" und „Veranlassung" können wir nicht näher eingehen. Voigt, Über den Bedeutungswechsel gewisser lateinischer Ausdrücke, S. 8, warnt davor, ‚culpa' im Sinne dieser beiden Ausdrücke zu verstehen. „Veranlassung" setzt das vernünftige Wollen eines Menschen voraus; „Ursache" dagegen begreift auch das Wirken physikalischer, chemischer oder mechanischer Kräfte im Menschen, z. B. konvulsivischer Bewegungen eines Bewusstlosen. Diese begründen aber nach Voigt nie eine ‚culpa' und Ersatzpflicht. Der Unterschied selbst ist vorhanden und in der deutschen Sprache beobachtet; nur ist er den Römern noch nicht klar zum Bewusstsein gekommen, wie aus den oben angeführten Citaten hervorgeht, und deshalb für uns belanglos.

[10]) Hölder in der Kritischen Vierteljahrsschrift, S. 539 ff.

[11]) Unger, Handeln auf eigene Gefahr, S. 77 Anm. 8.

[12]) Kniep, Über Kontraktskulpa, S. 7 und 9.

[13]) Schaaff, Zur Lehre von der culpa. S. 34.

[14]) Voigt a. a. O. S. 4.

drängt wird und der rein subjektiven in den technischen Ausdrücken culpa lata und culpa levis weichen muss?[15]) Hierzu müssen wir einen Blick auf die Entwickelung thun, welche die Lehre von der Zurechnung, d. h. desjenigen Urteils, welches einen Thatbestand mit einem Subjekt als dessen Urheber verbindet[16]), bei den Römern genommen hat[17]).

Wenn wir heutzutage einem Kreise von Menschen die Nachricht von einem Unglücksfall bringen, der z. B. durch den Zusammenstoss zweier Schiffe entstanden ist, so werden wir bald die Frage hören: Wer hat Schuld daran? — d. h. Schuld im subjektiven Sinne, verbunden mit einem stillschweigenden schweren Vorwurfe. Es ist dies der Ausdruck der fast jedem Menschen innewohnenden Vorstellung, wenigstens eines der Kollidierenden müsse der Schuldige sein. Das Bewusstsein, denselben ermitteln zu können, um dann durch Bestrafung Vergeltung an ihm zu üben, gewährt der Rachlust der roheren Menschen Befriedigung, und erst derjenige, dessen Leidenschaften durch die Vernunft gezügelt sind, vermag sich zu der Ansicht emporzuschwingen, dass viele Unglücksfälle auf keinen „Schuldigen“ zurückzuführen sind, sondern auf eine Kette an sich harmloser Ereignisse, die nur durch ihr Ineinandergreifen den schädlichen Erfolg herbeigeführt haben. Die primitive Anschauung, dass man sich an dem Hauptveranlasser des Unfalls rächen müsse, indem man ihm nicht nur Schadensersatz, sondern sogar durch Bestrafung ein anderes Leiden auferlegt, ist in unserem modernen Rechte überwunden, sie beeinflusst aber unentwickelte Rechtssysteme[18]).

---

[15]) Der Begriff „dolus“ hat ähnliche Wandlungen durchgemacht. Aus l. 1 § 3 D. 4, 3 ist ersichtlich, dass bis in die Kaiserzeit dolus auch ohne schlechte Nebenbedeutung verstanden wurde. Daher dolus bonus = erlaubte List, erlaubte Absicht, im Gegensatze zu dolus malus = Arglist, böse Absicht. Später wurde dolus κατ' ἐξοχήν nur im letzteren, tadelnden Sinne gebraucht. Näheres bei Voigt a. a. O. S. 93 ff.

[16]) Voigt a. a. O. S. 4.

[17]) Vgl. mit anderen Rechten bei Ihering, Schuldmoment, S. 230 ff.

[18]) Ihering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, S. 163. — Burckhard, Die cautio damni infecti, S. 5.

So wird im ältesten römischen Rechte nur die nackte That berücksichtigt und deren Urheber zur Verantwortung gezogen, ohne dass geprüft wird, ob ihn im konkreten Falle ein Vorwurf trifft, oder ob je ein solcher ihm gemacht werden kann[19]). Infolge dieser Denkweise werden einerseits vernunftlose Wesen mit vernünftigen auf eine Stufe gestellt. Die römische noxae deditio beruht, nach einer nicht unbegründeten Annahme, ursprünglich darauf, dass der Geschädigte an dem überlieferten Hausangehörigen oder Tiere sich persönliche Genugthuung verschaffen soll[20]). Nicht der Herr des schädigenden Wesens soll wegen seiner Schuld gestraft werden; im Gegenteil, liegt eine solche bei ihm vor, so kann er sich nicht durch Hingabe des Sklaven oder Tieres befreien, sondern er muss selbst vollen Schadensersatz leisten. Stirbt ferner das Tier oder wird es veräussert, so haftet der Eigentümer nicht; im ersten Falle geht die Verpflichtung mit dem Tode unter, im zweiten auf den neuen Eigentümer über. Das Bewusstsein, dass das Institut der noxae deditio also auch von einem Tiere für seine That Genugthuung forderte, verlor sich bald; aber selbst Ulpian spricht noch in l. 1 § 1 D. 9, 1 von ‚animal, quod noxiam commisit'; und zwar bedeutet noxia hier nicht den rein objektiv aufgefassten Schaden, sondern vielmehr die Missethat, auf die eine Strafe folgen muss[21]) (‚sancimus ibi esse poenam, ubi et noxia est', l. 22 D. 9, 47). Das alte deutsche Recht[22]) trennte auch in seiner Zurechnungslehre das vernünftige Wesen nicht vom vernunftlosen, und selbst die Kirche[23]) liess noch mehrfach Tiere exkommunizieren.

Andererseits werden vernünftige Wesen auch dann bestraft, wenn ihnen ein Vorwurf wegen ihres Handelns oder Unterlassens nicht zu machen ist. Auch wer ohne Schuld

[19]) Kniep a. a. O. S. 10.

[20]) l. 1 §§ 11, 12 D. 9, 1; Burckhard a. a. O. S. 5 Anm. 3; Ihering, Schuldmoment, S. 203 oben.

[21]) Voigt a. a. O. S. 125.

[22]) Schaaff a. a. O. S. 10.

[23]) Schaaff a. a. O. S. 6.

einen anderen getötet hatte, verfiel nach ältestem Rechte der Blutrache; erst Numa soll ihm gestattet haben, sich durch Stellung eines Widders zu befreien[24]).

Diese Abwälzung der unverdienten Strafe auf den sprüchwörtlich gewordenen „Sündenbock“ zeigt uns aber auch nur, dass die noch getrübte Rechtsanschauung zwar gegenüber vernunftbegabten Wesen in solchen schweren Fällen der Leidenschaft einen Zügel anlegte, ohne jedoch den Gedanken an die Befriedigung des Vergeltungstriebes grundsätzlich aufzugeben. Die Folgen des prozessualen Unrechts[25]), die ohne Rücksicht auf das subjektive Verschulden des unterliegenden Teils eintreten, so die sponsio poenalis, die Strafe des Doppelten u. s. w., entspringen derselben Rechtsanschauung und haben sich auch während der klassischsn Periode noch erhalten. So lange als man die schuldhafte Verursachung eines Unfalls und die nichtschuldhafte noch oft unter einen und denselben Begriff subsumierte, konnte man weder Strafe vom Schadensersatz scheiden, noch im weiteren Sinne dem Strafrechte ein vom Civilrechte getrenntes Gebiet einräumen.

Bevor man aber von der einseitigen Würdigung des Erfolges zu dieser Unterscheidung gelangte, verfiel das sich entwickelnde Rechtsbewusstsein in den entgegengesetzten Fehler, die subjektive Seite allein zu berücksichtigen. Man liess jetzt nur denjenigen für die Folgen seiner That einstehen, der sowohl zurechnungsfähig war, als auch schuldhaft gehandelt hatte, nahm aber dieses Prinzip nicht nur für das Strafrecht (im heutigen Sinne), sondern auch für das Civilrecht gleichmässig an. Während man früher also zu einer unbegrenzten Haftungspflicht zu gunsten des Beschuldigten und zu ungunsten des Schädigers gelangt war, schränkte man dieselbe jetzt bedeutend zum Vorteile des Urhebers und zum Nachteile des Betroffenen ein.

Das Produkt dieser Entwickelungsphase, das Schuldprinzip, hat aber weder eine abgegrenzte Epoche beherrscht, noch

---

[24]) Ihering, Schuldmoment, S. 166.

[25]) Ebenda S. 168. Prozessuales Unrecht im subjektiven Sinne ist die calumnia.

haben sich ihm alle klassischen Juristen überhaupt angeschlossen, sondern wie das deutsche Recht dasselbe nicht aufweist, so haben auch verschiedene römische Schriftsteller, vor allem, wie wir sehen werden, Africanus, sich gehütet, von dem ersten in das zweite fehlerhafte Extrem zu verfallen. Die veränderte Rechtsanschauung ist zuerst aus vereinzelten Bestimmungen der Quellen erkennbar. So wurde z. B. der Wahnsinnige von dem Ersatz des durch ihn angerichteten Schadens befreit[26]) — civilrechtlich wie strafrechtlich — l. 61 D. 26, 7: ‚Impune autem puto admittendum, quod per furorem alicujus accidit, quomodo si casu aliquo sine facto personae id accidisset'. Eine genaue Prüfung des Schuldmoments im konkreten Falle finden wir in l. 30 § 3 D. 9, 2, wo Paulus die Ersatzpflicht aus der lex Aquilia für den Fall ausschliesst, wo jemand unter Anwendung aller möglichen Vorsichtsmassregeln auf seinem Acker Feuer anzündet und dieses durch einen unerwarteten Windstoss so weit um sich greift, dass es den Nachbarn schädigt; dagegen soll der Betreffende wegen Fahrlässigkeit haften, ‚si die ventoso id fecit'.

Aus diesen Beispielen ersehen wir hinreichend, wie in der Kaiserzeit das Unterscheidungsvermögen betreffs der menschlichen Verantwortlichkeit sich ausbildete. Der Gedanke der Strafe trat in civilrechtlichen Verhältnissen mehr und mehr zurück, so dass von nun an Schadensersatzverbindlichkeiten auch auf die Erben übergingen.

Die Kehrseite finden wir in l. 23 D. 50, 17 in den Worten: ‚casus a nullo praestantur', mit anderen Worten: ohne Verschuldung keine Haftung. Dieser Satz, der wohl allerdings zeitweise die Imputationslehre beherrscht haben mag, wurde im Mittelalter von der Wissenschaft allgemein anerkannt. Wenn Ihering[27]) nun sagt: „Die vollständige Durchführung des Schuldbegriffes als Massstabes der Haftung vor allem in kontraktlichen Verhältnissen ist die grosse That der klassischen Jurisprudenz", so ist ihm zuzugeben, dass letztere den

[26]) Dernburg, Pandekten, I S. 130 nennt dies treffend einen „Satz verfeinerter Rechtsanschauung, der freilich in Rom nur allmählich durchdrang".

[27]) Ihering, Schuldmoment, S. 178.

Hauptanteil an der Verdrängung der alten Anschauungsweise hat; zu Irrtümern könnte es jedoch führen, wollte man das von der Wissenschaft später angenommene Schuldprinzip als das schon in der klassischen Rechtsperiode ausschliesslich herrschende ansehen und aus dieser Annahme für einzelne Verhältnisse, wie z. B. die Haftung des Mandanten, Schlüsse ziehen.

Während noch die alten Zurechnungsbegriffe neben den entwickelteren zum Teil fortlebten, trat die Rechtsanschauung in eine dritte Entwickelungsphase, die mit der ersten manche Berührungspunkte hat, ohne jedoch einen Rückfall in diese zu bedeuten[28]). Man empfand, dass eine Ungerechtigkeit darin liegt, den Geschädigten ohne jeden Ersatz zu lassen, wenn den Urheber des Schadens kein subjektives Verschulden trifft. Aber nicht eine Befriedigung der Rachbegierde soll dem Geschädigten, wie in der ersten Periode, zugestanden werden, sondern nur Wiederherstellung des status quo. So kam man wieder dazu, in gewissen Rechtslagen in erster Linie den schädlichen Erfolg zu berücksichtigen; das ist das Gebiet des Civilrechts, in welchem derjenige, welcher ein „objektives Unrecht“ veranlasst hat, schon deshalb den dadurch entstandenen Schaden ersetzen muss. „Objektives Unrecht“[29]) oder „unbefangenes Unrecht“, wie Hegel es nennt, ist jede Verrückung des Rechtszustandes, ohne Rücksicht darauf, ob sie mit oder ohne Verschuldung eines zurechnungsfähigen Wesens herbeigeführt ist.

Im Strafrechte dagegen kommt es vor allem auf die schuldhafte Gesinnung des Handelnden an; hat diese zu einem „subjektiven Unrechte“ geführt, indem bestimmte Normen[30]) übertreten werden, so erleidet der Thäter eine Strafe.

---

[28]) Rupp, Modernes Recht und Verschuldung, S. 42.

[29]) Dernburg, Pandekten, I S. 200, scheint zu fordern, dass beim „objektiven Unrecht“ die Schuld auch wirklich fehlt, nicht nur nicht berücksichtigt wird. S. ferner Ihering, Schuldmoment, S. 159; Pfaff, Zur Lehre vom Schadensersatz, S. 703. Dagegen Binding a. a. O. I S. 244; Brinz, Pandekten II S. 157, 35: „Ein nicht schuldbares Civilunrecht giebt es nicht“.

[30]) Im Sinne Binding's.

Ein grundsätzlicher Gegensatz zwischen dem Civil- und dem Strafrecht besteht nicht[31]), sondern nur betreffs der verschiedenen Gesichtspunkte, unter denen das moderne Recht sie ansieht, je nachdem in erster Linie objektive Rechtsstörung wieder gut gemacht oder eine Handlung als Ausfluss rechtswidriger Gesinnung geahndet werden soll. Während sich daher im Strafrechte das Verschuldungsprinzip immer schärfer ausprägt[32]), hat im Civilrechte das Kausalitätsprinzip viel Boden gewonnen[33]). Derjenige, welcher den Schaden veranlasst hat, soll unter Umständen nicht einmal durch culpa des Beschädigten von seiner Verpflichtung befreit werden: so bestimmt das Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884 im § 5 Absatz 7, dass dem bei der Arbeit Verletzten nur dann ein Anspruch nicht zusteht, wenn er den Betriebsunfall vorsätzlich herbeigeführt hat. Die Stimmen mehren sich, die auch den Wahnsinnigen wenigstens für einen Teil des von ihm angerichteten Schadens einstehen lassen wollen. Man begründet alle Forderungen in dieser Richtung damit, dass schon das alte deutsche Recht das Kausalitätsprinzip streng durchgeführt hätte, und sucht dabei das letztere gegenüber dem recipierten römischen als ein gerechteres hinzustellen. Aber nicht in zweckbewusster Weise hat das altgermanische Recht in der Schadensersatzlehre zum Teil den modernen Standpunkt vertreten, sondern aus denselben psychologischen

---

[31]) Ihering, Schuldmoment, S. 160.

[32]) Die Entscheidungen des Reichsgerichts über die Strafbarkeit des Versuches mit untauglichen Mitteln am untauglichen Objekt gehen hierin bis an die äusserste Grenze.

[33]) Ihering, Schuldmoment, S. 217, spricht von der „rohen Ansicht, welche mit dem blossen Gesichtspunkte des Kausalnexus die Sache zu erledigen glaubt“. Wir stimmen mit ihm darin ganz überein, dass z. B. der dolose Vertragsbrüchige für sein Verhalten mehr verdiente, als einfache Verurteilung zum Schadensersatze. Aber dieses „mehr“ gehört in das Gebiet des Strafrechts; nur dieses verdient Vorwürfe, vorausgesetzt, dass sein Eingreifen ausführbar und zweckdienlich wäre. S. 240 bekennt sich Ihering, selbst für das Civilrecht, zur Abschreckungstheorie nach Wiedereinführung der Privatstrafen. Dies erscheint uns in jeder Hinsicht als ein Zurückkehren zu mit Recht überwundenen Anschauungen.

Gründen, die auch dem altrömischen sein Gepräge geben. Wäre dem deutschen Rechte eine ruhige, stete Entwickelung vergönnt gewesen, so würde es wahrscheinlich dieselben Erscheinungen aufzuweisen haben, wie das fortschreitende römische. Eine unparteiische Wissenschaft kann keinem von beiden Rechten in seiner Gesamtheit die Palme zuerkennen.

Halten wir uns die drei Entwickelungsphasen der römischen Imputationslehre vor Augen, so wird uns der oben entwickelte Wechsel in der Bedeutung des Wortes ‚culpa' klar. Während es in der ersten Periode zu gleicher Zeit „Verschuldung" und „Veranlassung" bezeichnen konnte, musste in der zweiten die letztere Bedeutung fortfallen, da das reine Kausalitätsverhältnis keine Verantwortlichkeit mehr begründete. Culpa wurde die spezielle Bezeichnung für „Fahrlässigkeit".

Kapitel 3.

Auslegung der Quellen.

§ 15. Die ‚culpa' in § 5 der Africanus-Stelle.

Die uns interessierenden Quellenstellen des Africanus und des Paulus stammen aus einer Zeit, wo in der Zurechnungslehre alte und neue Auffassungen aufeinanderstossen; haben wir doch gesehen, dass selbst Ulpian noch in l. 5 § 7 D. 13, 6 die ‚culpa machinae' der ‚culpa rogantis commodatum' ohne Bedenken gegenüberstellt. Dass sich Africanus[34]) noch viel weniger, wenigstens in seiner Ausdrucksweise, von den Anschauungen des ältesten Rechts befreit hat, sehen wir aus dem § 5 seines Fragments. Vor allem fallen uns die Worte auf: ‚dolum ejus, qui sciens reticuerit, puniendum esse dictum est'. ‚Punire' bedeutet aber nicht nur zu Cicero's Zeit, sondern auch im späteren Latein, sowohl „rächen", als auch „strafen", eine Doppelbedeutung, welche die Richtigkeit

[34]) Africanus citiert meist seinen Rechtslehrer Salvius Julianus (unter Hadrian 117—138), während Ulpianus und Paulus ungefähr ein Jahrhundert später lebten.

unserer Auffassung der ältesten Rechtsanschauung bestätigt. Africanus zeigt durch den Gebrauch des Wortes ‚puniendum' zur Bezeichnung einer civilrechtlichen Schadensersatzpflicht, dass er noch unter dem Einflusse eines Prinzips steht, das sich nicht von dem Gedanken der „Vergeltung" freimachen kann, auch wo es sich um rein vermögensrechtliche Ansprüche handelt.

So erklärt sich auch in dem Passus: ‚ita in his culpam eorum, quorum causa contrahatur, ipsis potius, damnosam esse debere'. Die Bedeutung der ‚culpa', die Africanus in einem Zusammenhange gebraucht, in dem man sich vergeblich bemüht hat, eine subjektive Verschuldung zu entdecken. Eine solche will Africanus auch gar nicht imputieren. Da ein Schaden verursacht ist, so ist der Urheber desselben in ‚culpa' und schadensersatzpflichtig; auf die Frage, ob ihn ein Vorwurf trifft, kommt es hier nicht an. Culpa bedeutet, unter dem Einflusse absterbender Rechtsideeen, nicht nur „Verschuldung", sondern auch „Veranlassung" ohne eine tadelnde Nebenbedeutung. „Wer den Schaden veranlasst hat, muss ihn tragen", das ist das Prinzip African's, für das jedes Wort des § 5 Zeugnis ablegt. Aber wenn der Jurist auch in seiner Ausdrucksweise und dem Resultate auf dem Boden des primitiven Rechts zu stehen scheint, so beweist doch andererseits seine Berufung auf Recht und Billigkeit, dass er in Wahrheit unseren heutigen Anschauungen viel näher steht. Africanus schlägt also gewissermassen eine Brücke von der ersten der von uns beobachteten Entwickelungsphasen gleich zur dritten, ohne die zweite zu berühren.

§ 16. Die „Veranlassung" in der Africanus- und Paulus-Stelle.

Mit dem Worte „Veranlassung" sind wir wohl einen bedeutenden Schritt vorwärts gekommen; da aber jedes Ereignis durch eine lange Kette von Ursachen herbeigeführt wird, so entsteht die Frage: Welches von diesen Ereignissen ist zur Herbeiführung des schädlichen Erfolges das ausschlaggebende gewesen? Erst nach Lösung derselben lässt sich im

einzelnen Falle feststellen, wen die Verantwortung und der Schaden trifft.

Der besonders erläuterte und dem Mandat gleichgeartete Fall des Depositum im § 5 giebt uns eine sichere Direktive. In den Schlussworten wird die ‚culpa' des Deponenten so motiviert: ‚quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret'. Diese Stelle galt bis jetzt immer als eine Begründung seiner Verschuldung, für uns erklärt sie nur, weshalb der Deponent als der eigentliche Veranlasser des Schadens angesehen werden muss. Die Worte ‚qualem deponeret' wurden bis jetzt immer dahin verstanden, der Deponent sollte angeben, ob er einen diebischen oder ehrlichen Sklaven deponierte, so dass er sich also durch seine Warnung von der Haftung befreien könnte. Uns scheint eine andere Auffassung die richtige zu sein. Der Deponent soll nicht, um sich gegen eine Schadensersatzklage zu schützen, sagen: „Ich deponiere dir einen diebischen Sklaven", — der Depositar würde dann wohl von seinem Gefälligkeitsdienste leicht abstehen —, sondern z. B.: „Da du meinen Sklaven aufnimmst und beschäftigen musst, so teile ich dir mit, dass ich ihm nie Geld anvertraut habe, sondern ihn nur als Boten benutze; meine Haftung kann sich daher nicht auf Fälle erstrecken, wo du ihm mehr überträgst." Da in unserem Falle der Deponent nicht näher angegeben hat, (‚quod non fuerit diligentior circa monendum'), welche Stellung der deponierte Sklave bei ihm inne hatte, (‚qualem deponeret'), so veranlasst er den Depositar, dem Sklaven ein unbegrenztes Vertrauen entgegenzubringen, und wird dadurch leicht zum Veranlasser (culpa) eines Schadens.

Im § 7 sehen wir dagegen den Fall, wo der Depositar dem Sklaven ‚custodiam argenti' anvertraut, obgleich er wissen konnte, wohl in Folge einer Mitteilung des Deponenten bei der Übergabe, dass dieser nie etwas ähnliches gemacht hatte (‚cum dominus nihil unquam tale quid fecisset'). In diesem Falle haftet der Deponent nicht, weil der Depositar die nähere Ursache des Schadens geworden (‚culpa intercedit ejus, qui suscepit mandatum'). Es liegt also im Interesse des Depo-

nenten, den Depositar möglichst genau über den Sklaven zu informieren. Dass er seine Haftung nicht dadurch ungebührlich einschränken wird, dass er dem Depositar stets sagt: „Ich traue meinem Sklaven nicht einen Schritt, mache es nicht anders — oder ich stehe für nichts ein", auch wenn er von der Ehrlichkeit des letzteren überzeugt sein sollte, davor wird ihn sein Gerechtigkeitssinn bewahren und das Gefühl, dass unter solchen Umständen sich bald kein Depositar mehr für ihn finden würde.

Der Deponent haftet also als Ursache des Schadens, sofern nicht der Depositar durch eine eigenmächtige, veränderte Behandlung des Sklaven die Verantwortung auf sich genommen hat.

Wenden wir dieses Resultat auf das Mandat an, indem wir gleichzeitig die Paulus-Stelle in unsere Betrachtung hineinziehen. Africanus spricht, wie allgemein anerkannt, von einem ‚mandatum ad emendum certum hominem': Paulus dagegen im Anfange des § 7 von einem ‚mandatum indefinitum'[35] mit den von Kekulé[36] entwickelten Eigentümlichkeiten. Weshalb soll im ersten Falle der Mandant vollen Schadensersatz leisten, in letzterem aber nicht?

Bei Africanus hat der Mandatar den Auftrag genau so ausgeführt, wie der Mandant angeordnet hatte. Dieser ist daher die Veranlassung des durch den gekauften Sklaven entstandenen Schadens und haftet in vollem Umfange.

Bei Paulus trägt zuerst der Mandant die Verantwortung, und zwar so lange, als der Mandatar bei Ausführung des Auftrages sich durch dessen Vorschriften bestimmen lässt. In dem Augenblicke aber, wo dieser unter einer Reihe von Sklaven einen, nämlich gerade den diebischen auswählt, übernimmt er durch seinen freien Entschluss die Gefahr und muss für die schädlichen Folgen seiner Wahl selbst aufkommen, da diese nicht in einem ununterbrochenen kausalen Zusam-

[35]) Wir schliessen uns der Meinung Voet's (a. a. O. S. 745) und Kekulé's (a. a. O. S. 34) an; s. oben S. 32.

[36]) Kekulé a. a. O. S. 34; s. oben S. 33.

menhange mit dem Auftrage stehen. Wenn Hanau es „mehr Willkür als Recht“ nennt[37]), den Mandatar für eine „ohne Verschuldung“ getroffene Wahl derartig büssen zu lassen, so ist die Haftung „ohne Verschuldung“, nur „wegen der Veranlassung“, in unserem Falle für den Mandatar nach demselben Grundsatze geregelt, nach dem in anderen Fällen der Mandant Ersatz leisten muss. Auch bei dem Kausalitätsprinzip muss Schatten und Licht gerecht verteilt werden. Wenn der Mandatar durch eigenes Verschulden die schlechte Wahl träfe, so könnte er sogar nach l. 23 D. 50, 17 dem Mandanten haftbar werden.

Es ist zuzugeben, dass man den Grundsatz, den Mandanten dann nicht mehr haften zu lassen, wenn der Mandatar durch einen selbständigen Entschluss die nähere Veranlassung des Schadens geworden ist, also ‚culpa ejus intercedit‘, um mit Africanus zu sprechen, nicht rein äusserlich auffassen darf. Man käme sonst zu Folgerungen, die sehr zu ungunsten des Beauftragten ausfallen würden[38]). Sollte der Mandant dem Mandatar, der während der Reise beraubt wird und Ersatz fordert, erwidern können: „Ich habe dir keinen bestimmten Tag für die Reise vorgeschrieben; wenn du einen Unglückstag gewählt hast, so bist du selbst die Ursache deines Missgeschicks?“ Das wäre wohl eine Ungerechtigkeit, die vor allem den Generalmandatar hart träfe. Der Mandatar soll vielmehr, sofern der Wortlaut des Auftrages ihm keine genügenden Weisungen giebt, in dem Sinne des Auftraggebers und zweckentsprechend handeln; wenn ihm daher kein bestimmter Tag für seine Reise vorgeschrieben ist, so ist er auf die normale oder die zweckdienlichste Ausführungsart angewiesen. Kann er nachweisen, dass er diese gewählt hat, so bleibt der Mandant haftbar, auch wenn er nicht ausdrücklich in dieser Hinsicht Bestimmungen gegeben hat. Wann in solchen Fällen der Mandant, und wann der Mandatar als Veranlassung des Schadens an-

---

[37]) Hanau a. a. O. S. 41.

[38]) Hanau a. a. O. S. 41.

zusehen ist, lässt sich, wie zugegeben werden muss, oft schwer entscheiden; aber solche Schwierigkeiten können in Fragen, wo es sich um die Kausalität handelt, nie ausbleiben.

Wie wir schon beim Depositum gesehen haben, liegt es auch beim Mandat im Interesse beider Kontrahenten, möglichst bestimmte Aufträge zu erteilen beziehungsweise zu empfangen. Der Mandant kann dadurch seiner Ersatzpflicht gewisse Grenzen setzen, der Mandatar andererseits bei Einhaltung derselben auf Befriedigung etwaiger Schadensersatzansprüche rechnen.

§ 17. Die ‚casus' in § 6 der Paulus-Stelle.

Im § 6 der Paulus-Stelle wird der Mandant von der Ersatzpflicht in den Fällen befreit, wo der Unfall mehr ‚casibus' als ‚mandato' zuzurechnen ist. ‚Mandatum' heisst hier speziell die „Auftragserteilung", durch die der Mandatar die Regulative für die Ausführung des Auftrages erhält. Schon aus dem Ausdrucke ‚mandato imputare' geht hervor, dass auch im § 6 Paulus die Zurechnung eines Schadens nicht nur vom Gesichtspunkte des subjektiven Verschuldens aus bestimmen zu können glaubt, sondern, wie Africanus, darauf sieht: Was schrieb der Mandant dem Beauftragten vor und inwieweit wird er dadurch zur Veranlassung des Schadens?

Was versteht der Jurist nun unter ‚casus' (wohlgemerkt im Pluralis)? Die Anhänger des Verschuldungsprinzips kannten für den Eintritt eines Schadens drei Möglichkeiten: Schuld des Mandanten, Schuld des Mandatars, Zufall. Zufall in diesem Sinne bedeutet jedes Ereignis, welches ohne Verschulden eines der Kontrahenten eintrat, nicht etwa nur unabwendbare Ereignisse. Ein solcher ‚casus' wird durch jedes Verschulden eines der Kontrahenten ausgeschlossen, kann aber andererseits selbständig das Ereignis herbeiführen. Als nun neuere Juristen in der Schadensersatzlehre anstatt von dem Begriffe „Schuld" von dem der äusseren Kausalität ausgingen, verstanden sie unter ‚casus' (rein zufälligen Ereignissen) solche, welche nicht in einer Handlung oder Unter-

lassung der beteiligten Personen ihren Grund haben[39]). So fassten sie auch ‚casus' im § 6 auf und gaben diesem „Zufall" dieselbe Stellung, wie dem in der ersten Bedeutung. Er sollte auch selbständig den Schaden, der dem Mandatar bei Ausführung des Mandats erwächst, herbeiführen können[40]).

Dies ist jedoch nicht richtig. In dem Kausalnexus, welcher zu einem solchen Unfalle führt, stehen einerseits die Ereignisse, welche auf den Mandanten und den Mandatar zurückzuführen sind, stets in Verbindung mit solchen, welche ohne ihr Zuthun eintreten, d. h. zufälligen. Andererseits kann der „Zufall" in diesem Sinne ohne die beiden anderen Kategorieen nicht allein den Schaden verursachen. Darin, dass man sagt: der Mandatar wird bei Ausführung[41]) des Auftrags von einem Unfalle betroffen, liegt schon, dass letzterer nicht „rein zufällig" sein kann, sondern mit hervorgerufen ist durch die Vorschriften des Mandanten und die Handlungen des Mandatars.

Einen „reinen Zufall" als ausschliesslichen Verursacher eines solchen Schadens giebt es also nicht. An dem casus, den Paulus in § 6, neben Beraubung und Schiffbruch, anführt: ‚procurator non imputabit, quod languore suo apprehensus erogaverit', sehen wir, dass den Schaden einerseits zufällige Ereignisse herbeigeführt haben, wie z. B. grosse Hitze, andererseits aber auch die Auftragserteilung, die den

[39]) Hanau (a. a. O. S. 15) hält die beiden zulässigen Bedeutungen von „Zufall" nicht auseinander. Kekulé (a. a. O. S. 21), der sich gegen ihn wendet, verkennt andererseits, dass, wer vom Schuldprinzip ausgeht, „Zufall" mit gutem Rechte in der ersten Bedeutung gebrauchen kann, da ein fester Sprachgebrauch betreffs dieses Wortes nicht besteht. Am besten ist es daher, das Wort „Zufall" durch festere, klarere Bezeichnungen zu ersetzen.

[40]) Kekulé a. a. O. S. 45 sieht „reinen Zufall" und „Veranlassung durch das Mandat" als sich ausschliessende Begriffe an und behauptet: „Von rein zufälligem Schaden, wie z. B. Schiffbruch, kann man annehmen, dass er den Mandatar auch ohne das Mandat betroffen haben würde". Hätte denn letzterer die Reise ohne das Mandat überhaupt unternommen?

[41]) „Bei Ausführung" soll nur den äusseren Zusammenhang mit der Ausführung des Mandats bezeichnen, nicht einen Gegensatz zu bei „Gelegenheit der Ausführung" bilden.

Mandatar in eine Gegend bringt, in die er ohne Übernahme des Geschäfts nicht gegangen wäre. Hätte nur der Mandant zusammen mit dem „Zufall“ kausal gewirkt, so würde er haften müssen. Die Haftung beruht in solchen Fällen darauf, wie Pernice[42]) sich ausdrückt, dass der Mandant die Situation geschaffen hat, in welcher der Zufall nachteilig wirken konnte. Wenn nun im § 6 die Ersatzpflicht verneint wird, so liegt dies daran, dass die Kausalverbindung zwischen dem Mandat und dem Schaden unterbrochen ist, nicht durch „zufällige Ereignisse“, sondern durch Handeln und Unterlassen des Mandatars, der sich selbst den Ausführungsmodus gewählt und sich nicht gehörig vorgesehen hat. Paulus hat nicht etwa, beim Dazwischentreten von zufälligen Ereignissen, wie Schiffbruch, Beraubung, Diebstahl, die Haftung ausschliessen wollen; es würde sonst auch der Mandant, der den Beauftragten mit einem genau bezeichneten Eisenbahnzuge fortschickt, nicht zu haften brauchen, wenn dieser verunglückt. ‚Casus‘ im Sinne des § 6 sind vielmehr alle die Ereignisse, welche den Dispositionen des Mandatars und „reinen Zufällen“, nicht aber dem Auftraggeber selbst zugeschrieben werden können. Nur sie befreien den Mandanten, vorausgesetzt, dass keine Verschuldung zu berücksichtigen ist. Das ‚magis‘ bedeutet: das Handeln des Mandanten wie des Mandatars ist regelmässig an der Verursachung des Schadens beteiligt; es gilt nun abzumessen, wer von den Kontrahenten am unmittelbarsten kausal gewirkt hat.

Dem Richter wird damit allerdings eine feste Regel, nach der er sich richten könnte, nicht gegeben; aber kann er jemals nach starren Regeln entscheiden, ohne in den Geist der gesetzlichen Vorschrift und die Besonderheiten des konkreten Falles einzudringen?

§ 18. Die l. 31 D. de pignoraticia actione vel contra 13, 7.

In der l. 31 D. 13, 7 verpflichtet Africanus denjenigen, der durch Verpfändung eines diebischen Sklaven Schaden

[42]) Pernice a. a. O. II S. 374.

verursacht hat, zur noxae deditio, und nur dann zum vollen Ersatze, wenn er es wissentlich gethan. Die letzten Worte der Stelle: ‚eadem servanda esse, cum depositus vel commodatus servus furtum faciat' stehen anscheinend im Widerspruche zu der l. 61 § 5 D. 47, 2, wo für das Depositum und das ihm gleich geachtete Mandat andere Grundsätze aufgestellt werden. Da beide Stellen African's aber demselben Buche seiner Quästionen angehören, so ist ein Widerspruch zwischen ihnen nicht denkbar und mit Mommsen[43]) anzunehmen, dass die auf das Depositum (und Mandat) bezügliche Bemerkung der ersten Stelle sich nur auf den zuletzt erwähnten Fall bezieht, wo der Verpfänder die diebische Eigenschaft des Sklaven kennt. Damit ist jede Schwierigkeit gehoben.

Wir haben also Africanus und Paulus in voller Übereinstimmung betreffs der Haftung in den Fällen gefunden, wo auf keiner Seite ein Verschulden anzunehmen ist. Beide erkennen die Verpflichtung des Auftraggebers stets an, wenn derselbe durch seine Vorschriften zur Veranlassung des Schadens geworden ist, schliessen sie aber dann aus, wenn der Mandatar durch Ausführung selbständiger Entschlüsse auf eigene Gefahr gehandelt hat.

§ 19. Die Haftung aus der Verschuldung.

Die Haftung für die Fälle, wo auf einer oder beiden Seiten ein Verschulden vorliegt, bestimmt sich nach dem Grundsatze, dass beide Kontrahenten omnis culpa zu prästieren haben[44]).

Ist der Mandant allein in Verschuldung, d. h. dolus, culpa lata oder culpa levis[45]), so haftet er unter allen Umständen. Dies zeigt uns Paulus am Ende des § 7 an dem Beispiele

---

[43]) Mommsen a. a. O. S. 70.

[44]) S. oben § 4.

[45]) Dass ‚culpa lata' und ‚culpa levis' als technische Bezeichnungen einer späteren Zeit notwendig den Vorwurf der „Fahrlässigkeit" in sich schliessen, entspricht unserer im § 14 gegebenen Entwickelung.

des Sklavenkaufes[46]), der auf ein mandatum indefinitum hin erfolgt war, so dass der Mandatar nach den im vorigen Paragraphen entwickelten Grundsätzen eigentlich selbst den Schaden tragen müsste. Da der Mandant ihn aber nicht vor einem, wie er wusste, diebischen Sklaven gewarnt hat, dessen Ankauf als möglich vorauszusehen war, so hat er durch seine Schuld zur Schädigung des Beauftragten beigetragen und muss haften.

Africanus erläutert uns andererseits im § 7 den Fall, wo der Mandatar durch sein Verschulden sich des ihm zustehenden Rechtes auf Ersatz begeben hat; denn dieser vertraut dem soeben gekauften, fremden Sklaven die Bewachung von Wertgegenständen an, obgleich er wusste oder wissen konnte, dass der Eigentümer dies nie gethan hätte. Hierin liegt augenscheinlich eine Fahrlässigkeit, wenn wir auch in demselben Paragraphen die ‚culpa' des Deponenten nur als „Veranlassung" aufgestellt haben, da dieser nicht unbesonnen handelt[47]). Nach l. 26 § 7 D. 17, 1 wird dem schuldhaften Mandatar in diesem Falle nicht einmal die Vergünstigung zu teil, mit der actio contraria die noxae deditio des Sklaven verlangen zu können, sondern er muss zu diesem Zwecke die actio furti noxalis besonders anstrengen.

Wenn sowohl der Mandant als der Mandatar in gleichem Grade fahrlässig gehandelt haben, so muss derjenige den Schaden tragen, dessen Schuld in letzter Linie zur Herbeiführung des Schadens beigetragen hat. Kombinieren wir, um uns diesen Fall zu veranschaulichen, das in der Paulus-Stelle erwähnte Mandat mit dem des Africanus (§ 7). Der Mandant giebt den Auftrag zum Ankauf eines nicht näher bestimmten Sklaven, vergisst aber, den Mandatar vor einem zum Verkaufe ausgestellten Diebe zu warnen (Fahrlässigkeit des Mandanten). Der Mandatar kauft unglücklicherweise gerade diesen und vertraut ihm obendrein ohne weiteres seine

[46]) Wir schliessen uns der Auffassung Kekulé's a. a. O. S. 39 an.

[47]) Es muss an dieser Stelle betont werden, dass ‚culpa' auch eine subjektive Schuld bezeichnen kann, aber nicht braucht. S. oben S. 46.

Kasse an, die bald nebst ihrem Hüter verschwindet (Fahrlässigkeit des Mandatars). Der Beauftragte würde in diesem Falle keinen Ersatz erhalten, da, um mit Africanus zu sprechen, ‚culpa intercedit ejus, qui suscepit mandatum'. Hätte der Mandant noch Gelegenheit gehabt, nach erfolgtem Kaufe den Mandatar zu warnen, dieselbe aber schuldhafterweise verabsäumt, so müsste er für sein Verhalten einstehen.

Es ist noch die Möglichkeit vorhanden, dass der Fahrlässigkeit des Mandatars dolus oder culpa lata dolo proxima des Mandanten gegenübersteht. In diesem Falle ist letzterer stets nach allgemeinen Grundsätzen ersatzpflichtig, da ‚dolus culpa pejor est[48])'. Der Mandant schickt z. B. seinen Geschäftskonkurrenten mit einem Auftrage in eine durch Räuber gefährdete Gegend, in der Hoffnung sich seiner auf diese Weise zu entledigen. Der Mandatar ist so leichtsinnig, trotz Ermahnungen von anderer Seite, unbegleitet zu reisen, und wird ausgeplündert. Wenn auch hier ‚culpa procuratoris intercedit', so wiegt der dolus des Mandanten doch soviel schwerer, dass dieser zu vollem Schadensersatze verpflichtet ist.

Der umgekehrte Fall wäre analog zu entscheiden.

Kapitel 4.

§ 20. Resultat.

Unsere Untersuchungen haben uns gezeigt, dass die Quellen sich in keiner Weise widersprechen, wie die herrschende Lehre behauptet; sie enthalten vielmehr in voller Harmonie die Hauptprinzipien, nach denen der Mandant haften muss. Schon in den vorigen Paragraphen haben wir die letzteren kasuistisch ausgebaut, so dass uns nur noch übrig bleibt die gewonnenen Resultate zu einem übersichtlichen Systeme zu ordnen.

---

[48]) Pernice a. a. O. II S. 38.

Der Schaden kann, wie wir gesehen haben, eintreten:

I. mit Verschulden der Kontrahenten:
   a) durch culpa[49]) des Mandanten,
   b) durch culpa des Mandatars,
   c) durch beiderseitiges Verschulden;

II. ohne Verschulden der Kontrahenten[50]):
   a) durch schuldloses Handeln des Mandanten,
   b) durch schuldloses Handeln des Mandatars,
   c) durch zufällige Ereignisse.

Der Mandant haftet nicht:

1. wenn Verschuldung des Mandatars vorliegt, ohne dass diese durch culpa oder dolus des Mandanten überwogen wird;
2. wenn der Mandatar den Schaden durch selbständiges Handeln herbeigeführt hat.

Der Mandant haftet dagegen:

1. wenn er in Verschuldung ist, ohne das stärkeres Verschulden des Mandatars vorliegt;
2. wenn sich der Schaden auf den Auftrag zurückführen lässt.

---

[49]) Culpa im Sinne von „Fahrlässigkeit".

[50]) d. h. „zufällig" vom Standpunkte des Verschuldungsprinzips aus.

Abschnitt V.

§ 21. Blick auf die moderne Gesetzgebung.

Unsere Aufgabe haben wir auf Grund der Quellen und damit auch für das gemeine Recht gelöst, da die Grundsätze des Africanus und des Paulus wohl später zeitweise mit wechselnden Rechtsanschauungen in Widerspruch traten, nie aber durch Gesetz oder Gewohnheit aufgehoben worden sind.

Da das gemeine Recht nur in einem Teile Deutschlands gilt, so lohnt es sich, einen Blick auf die entsprechenden Bestimmungen der hauptsächlichsten, uns ausserdem noch interessierenden Gesetzbücher zu werfen.

1. Der Code civil bestimmt im Artikel 2000:

„Le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable.“

Das heisst, der Mandant wird nur dann von der Haftung für Schaden, der dem Mandatar bei Ausführung des Auftrages erwächst, befreit, ‚si culpa procuratoris intercedit‘, um die Worte African's zu gebrauchen. Da der code aber das Moment des subjektiven Verschuldens beim Mandatar betont, so stellt er eine noch weitere Haftung, als das gemeine Recht, fest.

2. Das Preussische Allgemeine Landrecht bestimmt in den §§ 80 und 81 des 13. Titels I. Teils:

§ 80: „Unglücksfälle, welche den Bevollmächtigten bei Ausrichtung des Geschäftes treffen, ist der Machtgeber nur insofern zu vergüten schuldig, als er dazu auch nur durch ein geringes Versehen Anlass gegeben hat.“ — (§ 80

entspricht also der No. 1 unseres im vorigen Paragraphen aufgestellten Systems.)

§ 81: „Doch muss der blos zufällige Schade auch alsdann vergütet werden, wenn der Bevollmächtigte die bestimmte Vorschrift des Machtgebers, ohne sich der Gefahr einer solchen Beschädigung auszusetzen, nicht hat befolgen können.“ — (§ 81 giebt im wesentlichen die No. 2 unseres Systems wieder.)

Während das Allgemeine Landrecht nur von der Befolgung „der bestimmten Vorschrift“ des Machtgebers spricht, haben wir betont, dass man die sinn- und sachgemässe Ausführung eines unbestimmten Auftrages unter Umständen in gleicher Weise behandeln müsse.

3. Das Österreichische Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt in

§ 1014: „Der Gewaltgeber ist verbunden . . . dem Gewalthaber allen durch sein Verschulden entstandenen, oder mit der Erfüllung des Auftrages verbundenen Schaden zu vergüten.“

§ 1015: „Leidet der Gewalthaber bei der Geschäftsführung nur zufälligen Schaden, so kann er in dem Falle, dass er das Geschäft unentgeltlich übernahm, einen solchen Betrag fordern, welcher ihm bei einem entgeltlichen Vertrage zur Vergütung der Bemühung nach dem höchsten Schätzungswerte gebührt haben würde.“

Das Gesetzbuch macht also dieselbe Unterscheidung zwischen „Erfüllung des Auftrags“ und „Zufall“, wie Paulus zwischen ‚mandantum‘ und ‚casus‘. Durch § 1015 wird aber der Mandatar selbst bei solchem „zufälligen“ Schaden durch eine allerdings sonderbare nachträgliche Umwandlung des Mandats in einen entgeltlichen Vertrag, in gewisser Weise entschädigt.

4. Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich regelt die Frage, ob der Mandant auch ohne Verschulden seinerseits haften müsse, nicht, indem er es nicht für möglich hält, durch Gesetzesvorschriften die verschiedenartigen in betracht kommenden Fälle zu ent-

scheiden[1]). Wenn auch bei der Verschlungenheit der kausalen Momente dem individuellen Ermessen des Richters im einzelnen Falle viel überlassen bleiben muss, so ist es doch besser, ihm durch gesetzliche Bestimmungen für die Lösung der Frage wenigstens eine Direktive zu geben, als den Punkt ganz unerörtert zu lassen. Sollte der Entwurf in dieser Form Gesetz werden, so würde der Mandatar, infolge der Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Schadensersatzpflicht, ungünstiger gestellt werden, wie bisher.

Das dem ältesten römischen wie deutschen Rechtsbewusstsein angehörige Prinzip, jeder sei für den von ihm verursachten Schaden ohne Rücksicht auf sein Verschulden verantwortlich, hat sich also siegreich bis in die Gegenwart erhalten, wenn es auch durch verfeinerte Rechtsanschauungen auf das Gebiet der civilrechtlichen Schadensersatzpflicht beschränkt worden ist.

Das einer Zwischenperiode eigentümliche Verschuldungsprinzip wird in unserer Frage nur von der Wissenschaft mit der Ansicht vertreten, die Haftung des Mandanten müsse auf sein Verschulden zurückgeführt werden. Das deutsche wie das römische Recht bekennen sich dagegen in ihren Gesetzesbestimmungen zu dem Satze: Schon dadurch, dass der Mandant den Schaden herbeigeführt hat, wird er dem Mandatar schadensersatzpflichtig.

---

[1]) Motive Bd. 2 S. 541.

Litteratur.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 10. Auflage. (Stuttgart 1879.)

Baron im Archiv für civilistische Praxis. Band 52.

Binding, Die Normen und ihre Übertretung. Band 1 (Leipzig 1890), Band 2 (1877).

Brinz, Pandekten. 2. Auflage. (Erlangen 1879.)

Burckhard, Die cautio damni infecti. (Erlangen 1875.)

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 2. Auflage. (Stuttgart 1893.)

Cujacius, Opera omnia. Band 1. (Neapoli 1758.)

Dernburg, Pandekten. 4. Auflage. (Berlin 1894.)

— , Pfandrecht. Band 1. (Leipzig 1860.)

— , Lehrbuch des preussischen Privatrechts. (Halle 1884.)

Donelli, Opera omnia. III, IV, VIII. (Lucae 1775.)

Faber, Conjecturae juris civilis. Band 1. (Lyon 1605.)

Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen Preussischen Privatrechts. (Berlin 1887.)

Glück, Erläuterung der Pandekten. (Erlangen 1813.)

Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten. (Berlin 1887.)

Hanau, Die Voraussetzungen, unter welchen nach gemeinem Rechte der Mandant für Schaden haftet, welcher dem Mandatar bei Ausführung seines Auftrages erwächst. Inaugural-Dissertation. (Berlin 1894.)

Hasse, Die culpa des römischen Rechts. (Bonn 1838.)

Hepp, Die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts. (Tübingen 1838.)

Hölder in der kritischen Vierteljahrsschrift. Band 16.

Ihering, Das Schuldmoment im römischen Privatrechte, in den „Vermischten Schriften". (Leipzig 1879.)

— , Culpa in contrahendo, in den Jahrbüchern für Dogmatik. Band 4.

Kalb, Das Juristenlatein. (Nürnberg 1888.)

— , Roms Juristen. (Leipzig 1890.)

Kekulé, Die Schadensersatzpflicht des Mandanten nach gemeinem Rechte. Inaugural-Dissertation. (Berlin 1894.)

Kniep, Über Kontraktkulpa. (Rostock 1873.)

Köppen, In den Jahrbüchern für Dogmatik. Band 11.

Koppel, Haftet der Auftraggeber dem Beauftragten für den Schaden, welchen dieser bei Ausführung des Mandats erlitten hat? Inaugural-Dissertation. (Breslau 1886.)
Kritz, Über die culpa nach römischem Rechte. (Leipzig 1823.)
Kühn in den Jahrbüchern für Dogmatik. Band 16.
Lenel in den Jahrbüchern für Dogmatik. Band 11.
Löhr, Die Theorie der culpa. (Giessen 1806.)
— , Beiträge zur Theorie der culpa. (Giessen 1808.)
Merguet, Lexikon zu den Schriften Cicero's.
Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht. Heft 2. (Braunschweig 1879.)
Pernice, Marcus Antistius Labeo. (Halle 1879.)
Pfaff, Zur Lehre vom Schadensersatz. In Grünhut's Zeitschrift, Band 8.
— , Gutachten. (Wien 1880.)
Pothier, Les traités du droit français. Tome III. (Paris 1830.)
Puchta, Pandekten. (Frankfurt a. M. 1853.)
Randa, Gutachten. (Wien 1880.)
Regelsberger, Pandekten. Band 1. (Leipzig 1893.)
Rupp, Modernes Recht und Verschuldung. (Tübingen 1880.)
Schaaff, Zur Lehre von der culpa. (Heidelberg 1862.)
Schirmer in den Jahrbüchern für Dogmatik. Band 10.
Schömann, Handbuch des Civilrechts. (Giessen 1806.)
— , Lehre vom Schadensersatze. (Wetzlar 1806.)
— , Prüfung der Theorie der culpa des Herrn v. Löhr. (Giessen 1806.)
Sohm, Institutionen des römischen Rechts. (Leipzig 1894.)
Strohal, Gutachten. (Wien 1880.)
Touillier, Droit civil français. (Paris 1824.)
Unger, Handeln auf eigene Gefahr. (Jena 1893.)
— , Handeln auf fremde Gefahr. (Jena 1894.)
— , Beiträge zur Lehre vom Schadensersatz. In Grünhut's Zeitschrift, Band 8.
Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen. Band 2. (Leipzig 1840.)
v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. Auflage. (Marburg u. Leipzig 1869.)
Voet, Commentarius ad Pandectas. I. (1716.)
Voigt, Über den Bedeutungswechsel gewisser lateinischer Ausdrücke. (Leipzig 1872.)
Wächter, Pandekten. (1881.)
Waentig, Über die Haftung für fremde und unerlaubte Handlungen. (Leipzig 1875.)
Wendt, Pandekten. (1888.)
Windscheid, Lehrbuch der Pandekten. (Frankfurt a. M. 1882.)
Wyss, Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen? (Zürich 1867.)
Zeiller, Kommentar des Allgemeinen Österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuchs. (1811—1814.)

Corpus juris civilis. (Kriegel-Herrmann. 6. Auflage. Leipzig 1854.)
Gai institutiones. (Huschke. Leipzig 1886.)
Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten. (Koch. 8. Auflage. Berlin-Leipzig 1886.)
Code civil (annoté par Sirey. Paris 1873. Vol. I).
Österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch. (Kommentiert von Zeiller. 1811.)
Deutsches Handelsgesetzbuch. (Litthauer. 8. Auflage. 1894.)
Entscheidungen des Reichs-Ober-Handelsgerichts. Band 2.
Unfallversicherungs-Gesetz vom 6. Juli 1894. (E. v. Woedtke. 4. Auflage. Berlin 1890.)
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1888.
Motive zu dem Entwurf.
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Zweite Lesung. Buch I—III. 1894.